

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

BRUNO VICENTE GRANDO MONTEIRO
Nº USP 10338861

A SEÇÃO 1782 DO TÍTULO 28 DO *UNITED STATES CODE*
O *discovery* como mecanismo de obtenção de provas nos Estados Unidos para instruir
demandas em trâmite perante o Judiciário brasileiro

Orientador: Professor Titular Flávio Luiz Yarshell

São Paulo
2021

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL

BRUNO VICENTE GRANDO MONTEIRO
Nº USP 10338861

A SEÇÃO 1782 DO TÍTULO 28 DO *UNITED STATES CODE*
O *discovery* como mecanismo de obtenção de provas nos Estados Unidos para instruir
demandas em trâmite perante o Judiciário brasileiro

Trabalho de Conclusão de Curso (“Tese de Láurea”)
apresentado ao Departamento de Direito Processual
da Faculdade de Direito da Universidade de São
Paulo como requisito parcial à obtenção do título de
bacharel em Direito.

Orientador: Professor Titular Flávio Luiz Yarshell

São Paulo
2021

Nome: MONTEIRO, Bruno Vicente Grando.

Título: A seção 1782 do título 28 do *United States Code*: O *discovery* como mecanismo de obtenção de provas nos Estados Unidos para instruir demandas em trâmite perante o Judiciário brasileiro.

Trabalho de Conclusão de Curso (“Tese de Láurea”) apresentado ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovado em: __/__/____

BANCA EXAMINADORA

Professor Titular Flávio Luiz Yarshell
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
Julgamento: _____

Examinador(a): _____
Instituição: _____
Julgamento: _____

*À minha avó Vilma, que me guia todos os dias e sei que
verá minha colação de grau (in memoriam).*

Aos meus pais, Cláudio e Sandra, para quem devo o mundo.

À Louise, pelo amor e apoio incondicionais.

RESUMO

Este trabalho pretende analisar, com base no ordenamento jurídico nacional, a conveniência e a possibilidade de utilização de *discovery* previsto no Título 28, Seção 1782, do *United States Code* para produção de provas nos Estados Unidos da América destinadas a instruir demandas em trâmite perante o Judiciário brasileiro, traçando-se um paralelo entre o referido mecanismo os meios de produção de provas expressamente admitidos no Código de Processo Civil.

Palavras-chave: prova; produção de provas no exterior; Estados Unidos; carta rogatória; prova emprestada; *discovery*; Seção 1782 Título 28 *United States Code*; admissibilidade; ordem pública.

ABSTRACT

This work intends to analyze, based on the Brazilian Law, the conveniency and possibility of using the discovery set forth in Title 18, Section 1782, of the United States Code to the production of evidence in the United States of America, to be used in proceedings before Brazilian tribunals, drawing a parallel between such mechanism and the means of production of evidence expressly admitted by the Brazilian Code of Civil Procedure.

Key words: evidence; production of evidence abroad; United States; letters rogatory; borrowed evidence; discovery; Section 1782 Title 28 United States Code; admissibility; public order.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVAS NO EXTERIOR EXPRESSAMENTE ADMITIDOS PELO DIREITO BRASILEIRO	12
2.1. Carta rogatória	13
2.2. Cooperação internacional	19
2.3. Prova emprestada	22
3. O DISCOVERY COMO FORMA DE PRODUÇÃO DE PROVAS NOS ESTADOS UNIDOS VOLTADAS À INSTRUÇÃO DE PROCESSOS NO EXTERIOR.....	31
3.1. Particularidades do sistema probatório americano e breve histórico do instituto analisado.....	31
3.2. Requisitos para concessão do <i>discovery</i>	36
3.2.1. Requisitos legais.....	36
3.2.1.1. Pessoa residente ou que se encontra no local de requerimento.....	36
3.2.1.2. Uso em procedimento em um tribunal estrangeiro ou internacional.....	36
3.2.1.3. Qualificação do requerente do <i>discovery</i>	37
3.2.2. Fatores adicionais considerados para concessão	38
3.2.2.1. Admissibilidade das provas no procedimento estrangeiro	39
3.2.2.2. Participação da parte requerida no procedimento estrangeiro	41
3.2.2.3. Utilização do <i>discovery</i> para contornar restrições legais estrangeiras	43
3.3. Procedimento e abrangência do <i>discovery</i>	44
4. O DISCOVERY COMO MECANISMO DE PRODUÇÃO DE PROVAS NOS ESTADOS UNIDOS PARA INSTRUÇÃO DE PROCESSOS NO BRASIL	49
4.1. Direito autônomo à produção de provas e o <i>discovery</i>	49
4.2. A posição brasileira na Convenção de Haia sobre Provas	53
4.3. Elementos obtidos por meio estrangeiro de produção de provas	55
4.3.1. Lei aplicável à produção de prova (<i>lex fori</i> e <i>lex loci</i>)	55
4.3.2. Admissibilidade dos elementos obtidos por meios de produção prova desconhecidos na legislação brasileira.....	60
4.3.3. Conceito de ordem pública	62
4.4. Possíveis violações à ordem pública pela utilização do <i>discovery</i>	65
4.4.1. Inviolabilidade de comunicações.....	66
4.4.2. Participação na constituição da prova e respeito ao contraditório	70

4.5. Breve paralelo com os mecanismos previstos no CPC.....	73
5. CONCLUSÃO	78
BIBLIOGRAFIA.....	79

1. INTRODUÇÃO

Com a crescente internacionalização das relações comerciais, é cada vez mais comum que haja litígios envolvendo partes de diferentes nacionalidades, tanto perante o Poder Judiciário, quanto perante Tribunais Arbitrais. Tal crescimento tem especial importância em matéria de direito probatório, tendo em vista que é essencial à eficácia da prestação jurisdicional a ampla possibilidade de produção de provas pelas partes envolvidas em uma disputa. Isso, contudo, enfrenta uma dificuldade relevante em demandas envolvendo partes de diferentes nacionalidades. Afinal, ainda que as partes possam ser adequadamente representadas em processos tramitando perante jurisdições estrangeiras, não são raras as situações nas quais a produção de provas dependerá da atuação de órgãos jurisdicionais de diferentes países, pois os fatos em discussão podem ter ocorrido em diferentes localidades.

A despeito da relevância do tema e da alta frequência de processos no Brasil com aspectos transnacionais, não há, no ordenamento brasileiro, meios que assegurem, de forma confiável e eficaz, a observância dos princípios da razoável duração do processo e da paridade de armas entre as partes nas demandas em que há a necessidade de produção de provas fora do território nacional. Isso porque os três mecanismos incluídos no CPC com essa finalidade (carta rogatória, cooperação internacional e prova emprestada) possuem características que tornam o seu uso com essa finalidade inadequada à realidade do processo civil moderno, restringindo excessivamente a sua utilidade.

No que se refere à carta rogatória e à cooperação internacional – mecanismos muito semelhantes –, sua baixa efetividade decorre das regras previstas no CPC quanto aos limites da suspensão dos processos em decorrência da expedição de cartas rogatórias para a produção de provas. Tais regras fazem com que muitas dessas cartas sejam devolvidas cumpridas apenas após a prolação de sentença de mérito, ou até mesmo após o seu trânsito em julgado. A prova emprestada, por sua vez, tem sua utilidade restrita em função de sua própria natureza, pois depende da existência de um processo prévio no qual tenha sido produzida uma prova apta a ser utilizada em outro, tornando raras as situações nas quais é possível o seu uso.

É nesse cenário que se tornaria relevante a possibilidade de utilização de procedimento de *discovery* para a obtenção, em território norte-americano, de provas voltadas a subsidiar processos em trâmite perante tribunais brasileiros, tendo em vista que o referido procedimento é exponencialmente mais eficaz do que as outras formas de produção de provas no exterior já previstas no ordenamento brasileiro.

O *discovery* consiste em uma fase preparatória ao início de um processo nos Estados Unidos (*pre-trial*), na qual as partes colhem diretamente – via de regra, sem interferência direta do juiz – provas que possam fundamentar os argumentos por elas sustentados para que sejam submetidas a julgamento (*trial*). Além disso, a legislação americana permite, no Título 28, Seção 1782, do *United States Code* (“28 U.S.C. § 1782”),¹ que, em determinadas situações, uma parte interessada solicite, perante o Judiciário daquele país, a produção de provas a um terceiro que resida ou esteja localizado nos Estados Unidos voltada à instrução de um processo estrangeiro.

Sobre o tema, à luz das características do referido mecanismo, pode parecer, em uma primeira análise, que a admissibilidade das provas por meio dele produzidas não seja controvertida, pois o referido procedimento é significativamente similar às hipóteses de produção antecipada de provas sem urgência previstas nos incisos II e III, do art. 381, do CPC. Pode-se defender, inclusive, que o âmbito de aplicação e a extensão da produção probatória no *discovery* é similar ao processo civil brasileiro, “*ressalvadas as imunidades que tanto constam do direito norte-americano quanto do nosso CPC*”.²

Da mesma forma, a aparente admissibilidade das referidas provas poderia ser inferida com base nas regras que regem os conflitos de leis internacionais, as quais, em matéria de direito privado, estão previstas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (“LINDB”). De acordo com o art. 13 da referida norma “[a] prova dos fatos ocorridos em país estrangeiro rege-se pela lei que nele vigorar”. Ou seja, em matéria probatória, seria aplicável a *lex loci*, tornando admissíveis as provas obtidas em território estrangeiro por meio de procedimento previsto na legislação nele aplicável, o que corresponderia aos elementos regularmente obtidos em procedimento de *discovery*.

Contudo, sob outra perspectiva, podem ser destacados diversos possíveis óbices à admissibilidade das referidas provas. O próprio art. 13, da LINDB, por exemplo, é claro no sentido de que os tribunais nacionais apenas não podem receber as “*provas que a lei brasileira desconheça*”, de forma poderia se considerar ser necessário que “*a prova do fato ocorrido no estrangeiro seja produzida por meio conhecido no direito pátrio, pois, se assim não for, será inaplicável pelo juiz local*”.³ Existem, portanto, distinções relevantes entre a amplitude do

¹ O United States Code (U.S.C.) consiste em uma codificação dividida, por matéria, em 53 Títulos, que contém normas gerais e permanentes dos Estados Unidos. O título 28 do U.S.C. – no qual está inserida a Seção 1782, abordada no presente estudo –, disciplina as normas aplicáveis ao poder judiciário e ao processo civil americano.

² COSTA, Henrique Araújo. “*Petrial e instrução probatória*”. In: NETO OLIVEIRA, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES, Ricardo Augusto de Castro (coords.). *A Prova do Direito Processual Civil: Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. São Paulo: Verbatim, 2013. p. 269.

³ DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro Interpretada*. 17ª Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012. Pg. 398-399.

procedimento de *discovery* e a produção de provas no processo civil brasileiro, de modo que se poderia concluir pela inadmissibilidade desse meio de produção de prova.

Da mesma forma, outra parcela da doutrina ainda destaca que são inadmissíveis as provas cuja obtenção viole a ordem pública.⁴ Ocorre que o procedimento de *discovery* admite, por exemplo, a produção de quaisquer comunicações que não sejam privilegiadas, por vezes considerada inviolável por força do art. 5º, XII, da Constituição Federal. No mesmo sentido, considerando que o *discovery* tem como principal característica o fato de ele ser conduzido diretamente pelas partes, seria inclusive possível considerar que as provas por meio dele produzidas violariam o princípio do contraditório, o que igualmente implicaria a sua inadmissibilidade.

Portanto, o presente trabalho buscará, partindo, de uma análise das falhas dos meios de produção de provas no exterior já expressamente admitidos na legislação nacional e à luz das principais características do mecanismo previsto no 28 U.S.C. § 1782, explorar, com base nas normas do direito brasileiro aplicáveis, a possibilidade e a conveniência da utilização do *discovery* para a obtenção de provas nos Estados Unidos voltadas à instrução de processos em trâmite no Brasil.

⁴ BASSO, Maristela. Curso de Direito Internacional Privado. 2a Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 259.

2. MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVAS NO EXTERIOR EXPRESSAMENTE ADMITIDOS PELO DIREITO BRASILEIRO

Tendo em vista que não são raros os processos em trâmite no Judiciário brasileiro envolvendo partes de diferentes países, realidade certamente presente na maioria dos Estados do mundo, é razoável imaginar que parte das provas necessárias à instrução dessas demandas apenas poderia ser produzidas no exterior, como, por exemplo, a oitiva de testemunhas que não residem no Brasil, ou a realização de perícias em locais fora do território nacional.

Esperava-se, assim, que o sistema processual brasileiro, tido como um dos mais modernos, já tivesse desenvolvido mecanismos para permitir a produção de provas no exterior de forma mais eficaz e célere, visando garantir a observância dos princípios da razoável duração do processo e da paridade de armas entre litigantes. Essa, contudo, não é a realidade do processo civil nacional, o que será objeto de análise no presente capítulo.

Mais especificamente, ainda que com algumas restrições, detalhadas abaixo, o direito brasileiro admite, com tranquilidade, apenas três meios de obtenção de provas no exterior, quais sejam: **(i)** a carta rogatória; **(ii)** a cooperação judiciária internacional; e **(iii)** a prova emprestada. Entretanto, como se verá, cada um desses institutos possui particularidades que fazem com que a sua utilização com o fim proposto seja frequentemente inutilizada, ou, ao menos, severamente restrita.

Em primeiro lugar, se demonstrará que a eficácia da utilização da carta rogatória e da cooperação jurídica internacional – que, a despeito de merecerem tratamento distinto, consistem basicamente no mesmo mecanismo – é comprometida pela burocracia e pela morosidade a elas inerentes, o que, aliado às disposições do CPC voltadas justamente à mitigação das consequências da possível demora no cumprimento de pedidos feitos por essas vias, acabam por frustrar a utilidade desses mecanismos no âmbito do direito probatório.

Da mesma forma, a aplicação do instituto da prova emprestada como forma de obtenção de provas produzidas no exterior encontra uma série de obstáculos. A uma, porque controvérsias relacionadas aos requisitos de admissibilidade para recepção de um elemento obtido em outra demanda como prova emprestada tornam questionável a possibilidade de aplicação de tal instituto quando o processo de sua origem tramitar em órgão estrangeiro; E a duas, porque, ainda que assim não o fosse, a natureza da prova emprestada – caracterizada pela utilização de um elemento probatório em um processo para o qual ele não foi originalmente produzido – restringe significativamente o seu âmbito de atuação, tornando o instituto praticamente inútil à solução do problema colocado.

A despeito disso, o presente trabalho não busca propor soluções aos empecilhos que impedem que os mecanismos já admitidos no direito brasileiro permitam a produção de prova no exterior de forma célere e eficaz. Pretende-se somente colocar as referidas controvérsias sob análise a fim de, nos capítulos seguintes, demonstrar as características do procedimento de *discovery* proposto nos Estados Unidos com base no 28 U.S.C. § 1782 que o tornam um mecanismo mais eficaz.

2.1. Carta rogatória

Apesar de a origem da carta rogatória, como instrumento processual, ser datada do direito romano, ela foi ignorada pela legislação processual civil francesa e de outros países que nela se basearam, tendo sido incluída apenas na legislação de alguns outros países da Europa e do mundo, como da Itália, da Alemanha e de Portugal.⁵

No Brasil, o instrumento da carta rogatória esteve presente na legislação processual desde o Código de Processo Civil de 1939 (CPC/39), primeira norma do direito brasileiro que buscou centralizar as regras relacionadas à matéria. O art. 13 do referido Código, já, naquele momento, conferia objeto extremamente amplo às cartas rogatórias, dispondo, de forma genérica, que “[o]s atos que houverem de praticar-se em território estrangeiro serão realizados por carta rogatória”.⁶ Além da disposição genérica incluída em seu art. 13, o Código de Processo Civil de 1939 dispunha acerca de dois usos específicos para a carta rogatória, a citação e notificação de partes residentes fora do Brasil (arts. 161, 167, 175 e 176 do CPC/39) e a produção de provas fora da jurisdição do juiz competente para julgamento da causa (arts. 213 a 215 do CPC/39⁷).

O Código de Processo Civil de 1973 (“CPC/73”), por sua vez, a despeito de não contar, como era o caso do CPC/39, com disposição genérica admitindo a prática de quaisquer atos por essa via, igualmente previa expressamente a possibilidade de produção de provas fora do Brasil

⁵ “A carta rogatória data dos processos romano e canônico sendo, no Século XIX, ignorada pelo Código de Processo Civil (LGL\1973\5) francês e dos Estados que o seguiram, mantendo-se ali e nos diversos países, principalmente como uso contínuo, contudo, reguladas nos Códigos de Processo Civil da Prússia e da Baviera. Alguns Códigos de Processo Civil, todavia, a previram, tais como: Itália (antigo art. 945-6), novo art. 802-5; Alemanha - ZPO, §§ 364 e 438; Áustria - ZPO, § 120, 122; México - CPC (LGL\1973\5) Federal, art. 300; Tcheco-Eslováquia - Lei 1.963, art. 56; Rússia - CPC (LGL\1973\5) de 1964, art. 436; Venezuela - Proj., art. 56; Portugal, art. 89 (antigo) e art. 186 (novo); Bélgica - Lei Org. Judiciária, art. 18, VI, 1869 - art. 138-9; Espanha - Enjuiciamiento Civil, art. 300; e EUA - United States Code, arts. 1.696, 1.781 e 1.782. 1 A Inglaterra e os EUA restringem o uso da rogatória, não acatando em grande parte o seu cumprimento.” (RAMOS PEREIRA, Luis Cezar. Carta Rogatória - Instrumento Processual Internacional - Seus efeitos, processamento e características no sistema jurídico brasileiro. In: Revista de Processo, vol. 34/1984, pp. 291-298, Abr - Jun, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.)

⁶ Decreto Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939.

⁷ “Art. 213. A prova que houver de produzir-se fóra (sic) da jurisdição do juiz, será feita por precatória ou rogatória, conforme o caso, na forma dos arts. 6 a 13.”

por meio da expedição de cartas rogatórias (arts. 265, IV, 'b', e 338, do CPC/73)⁸. O Código de Processo Civil de 2015, seguiu essa mesma linha, tendo sido dada, aos seus dispositivos que abordam a produção de prova no exterior (arts. 313, V, 'b' e 377, do CPC/15), redação praticamente idêntica à adotada no CPC/73.

Apesar de a possibilidade de produção de provas por essa via e a sua admissibilidade no processo civil brasileiro serem incontestes,⁹ tendo em vista que a legislação nacional assim dispõe há quase um século, a utilização da carta rogatória com esse fim é extremamente burocrática e morosa, podendo levar anos para que o seu resultado seja juntado aos autos da demanda na qual ela foi emitida.

Para melhor ilustrar a complexidade desse processo, destaque-se, a título de exemplo, que o fluxograma disponibilizado no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de São Paulo demonstrando o passo a passo necessário à expedição de cartas rogatórias elenca pelo menos 13 (treze) etapas administrativas prévias ao seu envio ao Ministério de Justiça, responsável pela remessa às autoridades estrangeiras, número esse que, dependendo do caso, pode chegar a mais de 20 (vinte).¹⁰

Para além de a própria expedição e o envio de cartas rogatórias não serem, até hoje, providências céleres, o seu cumprimento depende exclusivamente de autoridades estrangeiras sobre as quais os tribunais brasileiros não têm qualquer influência, o que pode atrasar ainda mais a produção das provas pretendidas e a devolução aos autos em que foram expedidas. Como se introduziu, na prática, essa demora faz com que a utilidade desse mecanismo seja praticamente esvaziada.

Não por acaso, não são tão raros precedentes nacionais nos quais a necessidade de expedição de carta rogatória para produção de uma prova considerada como não essencial à resolução da demanda é utilizada como justificativa para o seu indeferimento, à luz do princípio da razoável duração do processo. Confira-se precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo nesse sentido:

“Agravo de instrumento. Ação de rescisão contratual c.c. restituição dos valores pagos e indenização por danos morais. **Indeferimento de oitivas de testemunhas que residem nos EUA, por carta rogatória.** Não configuração de cerceamento de defesa. **Aplicação do princípio da razoável duração do processo aliado à ausência de**

⁸ Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

⁹ AMARAL, Paulo Osternack. Provas: Atipicidade, Liberdade e Instrumentalidade. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 58-220.

¹⁰ Disponível: <https://www.tjsp.jus.br/Download/Corregedoria/CartasRogatorias/Documentos/FLUXOGRAMA-CARTAROGATORIA.pdf> - Acesso em 26.10.2021.

imprescindibilidade das oitivas. Magistrado que é o destinatário da prova e deve decidir sobre a pertinência ou não de sua realização. Decisão agravada que não traz qualquer prejuízo ao deslinde da causa. Recurso improvido.”¹¹⁻¹²

A despeito de se reconhecer a possibilidade de utilização da expedição de cartas rogatórias para procrastinar o andamento do processo¹³ e de não se negar o poder-dever dos juízes concedido pelo parágrafo único do art. 370, do CPC, de “*indeferi[r], em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatória*”, parece claro o risco de o posicionamento adotado no precedente supracitado prejudicar a defesa da parte que pretenda utilizar provas cuja obtenção dependa da expedição de uma carta rogatória.

Nessa linha, é plenamente razoável imaginar que o deferimento da produção de tais elementos probatórios, justamente pelo impacto potencialmente causado à duração do processo, estará sempre sujeito a escrutínio e a rigidez muito mais elevados do que uma prova cuja produção não dependa de providências relevantes por parte do judiciário brasileiro.

Vale notar que não se pretende abominar a adoção de uma maior atenção para a produção de provas que possam atrasar o andamento das demandas (posicionamento justificável, à luz da garantia constitucional da razoável duração do processo), adotada inclusive pelo próprio Código de Processo Civil ao impor limites à suspensão das ações pela pendência de devolução de cartas rogatórias. No entanto, não se pode deixar de observar as possíveis consequências negativas de tal conduta à paridade de armas entre os litigantes, que igualmente consiste em pressuposto essencial à hígidez do processo.

A título ilustrativo, imagine-se que esse posicionamento seja adotado em uma demanda na qual ambas as partes requerem a produção de provas orais de relevância similar, mas que apenas

¹¹ TJ-SP - AI 1419069-56.2011.8.26.0000, Relator: Ruy Coppola, Data de Julgamento: 01/09/2011, 32ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 02/09/2011.

¹² Nesse mesmo sentido: “Prestação de serviços. Contrato de intermediação de programa de intercâmbio. Ação de rescisão contratual cumulada com restituição de valores pagos e indenização por danos morais. **Pedido de oitiva de testemunhas, por meio de carta rogatória, formulado pela ré. Indeferimento. Hipótese que não caracterizou cerceamento de defesa. Prova pretendida que não se mostrava apta a influenciar no julgamento do feito.** Conjunto probatório suficiente para que se possa concluir que o cancelamento do programa de intercâmbio ocorreu em razão do diagnóstico de um grave problema de saúde, feito por médico que atendeu a autora no exterior. Defeitos na prestação dos serviços que não restaram comprovados. Ônus da prova que incumbia à autora. Improcedência dos pedidos. Recurso provido.” (TJ-SP - APL 0006064-20.2009.8.26.0581, Relator: Ruy Coppola, Data de Julgamento: 04/04/2013, 32ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 08/04/2013)

¹³ “Além do dever de o juiz vedar a procrastinação do feito, cabe-lhe impedir diligências probatórias inúteis ao respectivo objeto (art. 370, parágrafo único), que, aliás, são também procrastinatórias. Desta forma, não há disponibilidade quanto aos meios de prova, no sentido de a parte poder impor ao juiz provas por ele reputadas inúteis (relativamente a fatos alegados, mas não relevantes), como procrastinatórias (relativamente à produção de provas sem necessidade de expedição de precatória ou rogatória, mas, antes, por outro meio mais expedito).” (ARRUDA ALVIM, José Manuel de. Manual de Direito Processual Civil [livro eletrônico]: teoria do processo e processo de conhecimento, 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017)

as testemunhas cuja oitiva foi requerida pelo autor residem no país. Nessa hipótese, haveria o risco de apenas a prova testemunhal requerida pelo réu ser indeferida por demandar a expedição de carta rogatória e, em uma primeira análise, poder ser considerada como não sendo indispensável ao julgamento do mérito do processo, ao passo que, se esse escrutínio fosse também feito com relação às testemunhas arroladas pelo autor, a sua oitiva seria igualmente indeferida. Haveria, então, claro favorecimento de uma das partes, o que não se pode admitir.

Vale destacar que tais dificuldades nunca foram ignoradas pelo legislador brasileiro, que, já no CPC/39, criou regras específicas considerando o risco de demora excessiva e até mesmo de não cumprimento de cartas rogatórias expedidas para a produção de provas fora do país. Entretanto, desde lá, até os dias atuais, as medidas idealizadas para contornar a lentidão na expedição e no cumprimento das cartas rogatórias acabam, muitas vezes, apenas tornando mais difícil a sua utilização.

Nesse sentido, o CPC, em seu art. 261, dispõe que “[e]m todas as cartas, o juiz **fixará o prazo para cumprimento, atendendo à facilidade das comunicações e à natureza da diligência**”. O art. 313, V, ‘b’, do CPC, por sua vez, dispõe que **o processo será suspenso** “quando a sentença de mérito (...) tiver de ser proferida somente após (...) a produção de certa prova, requisitada a outro juízo”. Por fim, o art. 377, do CPC, reforça que “**a carta rogatória (...) suspender[á] o julgamento da causa no caso previsto no art. 313, inciso V, alínea “b”, quando, tendo sido requeridos antes da decisão de saneamento, a prova neles solicitada for imprescindível**”, permitindo, em seu parágrafo único, que cartas rogatórias devolvidas fora do prazo definido ou expedidas sem efeito suspensivo sejam “juntadas aos autos a qualquer momento”.

A partir dos referidos dispositivos, o Prof. Luiz Guilherme Marinoni bem explica as consequências da expedição de carta rogatória ao andamento da demanda e as hipóteses de suspensão em função da pendência da sua devolução:

“Nesse caso, **deverá o juiz decidir o prazo para cumprimento da carta.** (art. 261 do CPC), atendendo às circunstâncias do caso e a facilidade da comunicação. O art. 377 afirma que tais cartas podem ser expedidas ‘sem efeito suspensivo’, o que certamente constitui um *minus* em relação à fixação de prazo (...)

Ademais, **o sobrestamento do “julgamento” pelo prazo da carta (ou do pedido de auxílio) depende da conjugação de dois elementos:** a) a prova ter sido requerida antes do saneamento do processo e b) ser a prova imprescindível. (...)

Presentes essas duas condições, o julgamento de mérito aguardará o retorno da carta (ou do pedido de auxílio) pelo período deferido pelo juiz. **Findo esse prazo, a sentença poderá ser proferida independentemente**

da prova, que poderá ser juntada ulteriormente no processo para análise em outra instância. (...)

Enfim, **pendendo a verificação desse fato ou a produção da prova, nesses casos, deve o processo ficar suspenso, ainda que o período de paralisação não possa superar o máximo legal, que é de um ano** (art. 313, § 4.º, do CPC). Ou seja, o prazo fixado pelo juiz para o cumprimento da carta (ou do pedido de auxílio) nunca poderá exceder a um ano, sendo ineficaz qualquer termo superior a esse teto.”¹⁴

Conforme disposto nos dispositivos mencionados, há dois cenários possíveis relacionados à expedição de carta rogatória para produção de provas. No **primeiro cenário**, o processo é **suspenso** porque: **(i)** a produção da prova pretendida foi requerida antes da decisão de saneamento; **e (ii)** a prova é considerada indispensável à resolução do mérito da demanda. No **segundo cenário**, o processo **não é suspenso** porque: **(i)** o próprio juiz opta por dar seguimento a ele; ou **(ii)** algum dos requisitos necessários para tanto não estava preenchido.

Em qualquer uma dessas situações, há o risco de a carta rogatória expedida para produção de determinada prova se tornar inútil, já que o art. 313, §4º, do CPC, impõe um prazo limite de 1 ano de suspensão do processo para se aguardar a devolução de uma carta rogatória. Assim, tanto no primeiro cenário (em houve a suspensão), como no segundo (em que a demanda prosseguiu), dependendo da demora na sua expedição e na sua devolução, há o risco de a carta rogatória ser juntada somente após a prolação de sentença, conforme autorizado pelo parágrafo único do art. 377, do CPC, fazendo com que a prova por meio dela produzida, ainda que inicialmente considerada essencial, deixe de ser utilizada para resolução do mérito da demanda.

Pior que isso, a demora na devolução da carta rogatória pode se estender até mesmo para momento posterior ao trânsito em julgado do processo, independentemente da essencialidade da prova que seria por meio dela produzida. Nesse caso, ao invés de aproveitar os elementos obtidos com a devolução da carta rogatória e potencialmente obter julgamento em seu favor, a parte vencida seria obrigada a ajuizar ação rescisória com base no art. 966, VII, do CPC. Nessa linha, veja-se a lição do Prof. Luiz Guilherme Marinoni:

“Quando a carta for deferida sem efeito suspensivo ou devolvida depois de expirado o prazo para o seu cumprimento, poderá ser juntada aos autos *“a qualquer momento”* – diz o parágrafo único do art. 377. **Por “qualquer momento” é possível entender o julgamento em primeiro grau de jurisdição ou o julgamento diante do recurso.** Quem entende que o tribunal pode determinar a produção de prova de ofício, **por lógica**

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Comentários ao Código de Processo Civil [livro eletrônico]: artigos 294 ao 333. 1 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

deve interpretar “qualquer momento” como o julgamento do segundo grau de jurisdição.

Evidentemente, **a juntada dessa carta depois do julgamento de segundo grau é medida irrelevante**, já que eventuais instâncias remanescentes (Tribunais Superiores) não têm atribuição de reexaminar fato. Em tais casos, eventualmente, **deve incidir a hipótese do art. 966, VII, do CPC, a autorizar o emprego de ação rescisória**, ainda que em interpretação ampliativa daquele preceito.”¹⁵

Vale notar que a problemática relacionada à possibilidade de julgamento da demanda antes da devolução da carta rogatória remanesce mesmo que a prova por meio dela obtida não tenha sido considerada “*imprescindível*” à resolução do mérito, mas apenas “*útil, esclarecedora ou complementar*”, situação na qual, segundo a jurisprudência do STJ, estaria autorizado o prosseguimento do processo antes da sua produção, como destacado por Daniel Amorim Assumpção Neves:

“Registre-se que o Superior Tribunal de Justiça entende que a simples pendência de carta precatória ou rogatória para a produção de prova testemunhal não impede o juiz de sentenciar o processo, o que só ocorre quando a prova for imprescindível, assim entendida aquela sem a qual seria inviável o julgamento do mérito. Nesse sentido, entende que o processo deve ser julgado se a prova for meramente útil, esclarecedora ou complementar (ST), 3a Turma, REsp 1.132.818/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 03/05/2012, DJe 10/05/2012).

O entendimento é no mínimo surpreendente, ainda que encontre fundamento legal no dispositivo ora analisado, **porque baseado em exercício de futurologia: como pode o juiz saber, antes da produção da prova, se ela será imprescindível ou apenas útil?** Por outro lado, **qual a utilidade de uma prova se o juiz já está convencido por meio das outras provas produzidas a ponto de julgar o processo?**

Insisto que ao **se admitir o julgamento de um processo com uma prova, cuja produção foi devidamente deferida pelo juiz, pendente de produção, é clara violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da cooperação**. Por isso entendo que sempre que haja prova pendente de produção por meio de carta de auxílio, o juízo da causa não poderá sentenciar o processo.”¹⁶

Sob qualquer aspecto que se analise, a despeito da inegável relevância das cartas rogatórias para o processo civil brasileiro e para a cooperação entre países, a sua utilização no âmbito ora analisado enfrenta uma série de dificuldades que a tornam um mecanismo incompatível com uma

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Comentários ao Código de Processo Civil [livro eletrônico]: artigos 369 ao 380. 1 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

¹⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado. Salvador: Ed. JusPodvm, 2016, p. 667.

maior efetividade na prestação jurisdicional nas demandas envolvendo provas a serem produzidas no exterior, seja à luz da celeridade processual (prejudicada em razão da morosidade das rogatórias) ou então do princípio de paridade de armas entre as partes litigantes (potencialmente mitigado em prol da razoável duração do processo).

2.2. Cooperação internacional

Uma inovação extremamente relevante do Código de Processo Civil de 2015 foi a inclusão do seu Capítulo II (arts. 26 a 41), contendo regras gerais acerca da cooperação internacional do Brasil com outros países relacionada à prestação jurisdicional. De todo modo, vale notar que o art. 26, do CPC, dispõe que “[a] cooperação jurídica internacional será regida por tratado de que o Brasil faz parte”, de modo que a aplicabilidade das medidas previstas no referido capítulo depende, necessariamente, da celebração de tratado internacional pelo Brasil relacionado ao tema.

Com relação ao direito probatório, são mais relevantes as normas dispostas nos arts. 26, §4º, 27, *caput* e II, e art. 30, II, do CPC. A importância do primeiro desses dispositivos consiste no fato de ser eleito o Ministério da Justiça como responsável por “*exercer as funções de autoridade central na ausência de designação específica*”. Ou seja, o referido órgão passou a ser o responsável pelo envio e pela recepção de pedidos de cooperação jurídica internacional. No que se refere ao tema ora abordado, isso implica a necessidade de os tribunais brasileiros encaminharem, ao Ministério de Justiça, todos os pedidos de produção de prova destinados a outros países para que, em seguida, eles sejam devidamente encaminhados. Há, então, a eliminação da via diplomática da cooperação judiciária internacional entre países, conferindo maior celeridade ao envio e ao recebimento dos pedidos realizados nesse âmbito.

Os arts. 27, *caput* e II,¹⁷ e 30, II,¹⁸ do CPC, por sua vez, elencam a colheita de provas e a obtenção de informações como providências destinadas a órgãos jurisdicionais estrangeiros passíveis de serem requeridas pela via da cooperação jurídica internacional e do chamado “auxílio direto” – que consiste, resumidamente, em uma “*forma de cooperação que evita procedimentos*

¹⁷ “Art. 27. A cooperação jurídica internacional terá por objeto: (...)

II - colheita de provas e obtenção de informações;”

¹⁸ “Art. 30. Além dos casos previstos em tratados de que o Brasil faz parte, o auxílio direto terá os seguintes objetos: (...)

II - colheita de provas, salvo se a medida for adotada em processo, em curso no estrangeiro, de competência exclusiva de autoridade judiciária brasileira;”

*intermediários”, sendo “encaminhado diretamente para a autoridade nacional encarregada de recebê-lo e tomar as providências cabíveis”.*¹⁹⁻²⁰

A despeito de haver menção expressa nos aludidos dispositivos à possibilidade de requisição de produção de provas a outros países por meio de acordos de cooperação, a sua verdadeira aplicabilidade se deu com a promulgação, por meio do Decreto 9.039/2017, da Convenção de Haia sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em matéria Civil ou Comercial (Convenção de Haia sobre Provas). Conforme disposto na exposição da Convenção, ela foi celebrada em 1970 com o objetivo de *“facilitar a transmissão e o cumprimento de Cartas Rogatórias e promover a harmonização dos métodos (...) utilizados para tais fins”* e, com isso, *“tornar mais eficiente a cooperação judiciária mútua em matéria civil ou comercial”*.

Para atingir esse fim, a Convenção de Haia sobre Provas estabeleceu diretrizes para a expedição e o envio de cartas rogatórias entre os países signatários. O §1º, do art. 4º da Convenção, por exemplo, exige que a carta rogatória seja *“redigida no idioma da autoridade requerida ou acompanhada de uma tradução para esse idioma”*. O art. 6º, por sua vez, obriga os Estados membros a, caso uma carta rogatória seja enviada para autoridade incorreta, redirecioná-la internamente para o órgão competente para cumpri-la, estando impedidos de devolvê-la ao país requerente. O art. 12, por fim, ressalta que os Estados signatários somente poderão recusar o cumprimento de cartas rogatórias quando: (i) a adoção da providência requerida não for de competência de seu Poder Judiciário; ou (ii) a considerarem prejudicial à sua soberania ou segurança.

A despeito da inquestionável relevância do Capítulo II do CPC e da Convenção de Haia sobre Provas para tornar a produção de provas em outros países mais eficaz, digna de um tópico apartado no presente trabalho, o regramento neles previsto com esse fim continua vinculando as partes à burocracia relacionada à expedição, envio e devolução de cartas rogatórias, o que, conforme exposto acima, pode acabar por inutilizar tal mecanismo.

A esse respeito, o próprio governo dos Estados Unidos disponibiliza documento com orientações relacionadas ao envio de cartas rogatórias baseadas na Convenção de Haia sobre Provas, no qual ressalva que *“apesar de tentarmos agir de forma expedita para cumprimento de*

¹⁹ Nery Junior, Nelson Código de Processo Civil comentado [livro eletrônico] / Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. -- 3. ed. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

²⁰ Como bem explicam André Luis Monteiro e Fabiane Verçosa, à luz do art. 28, do CPC/15, *“o adjetivo ‘direto’, na verdade, deve ser entendido como qualificador de uma modalidade de cooperação jurídica internacional em que se dispensa a fase deliberatória perante o Poder Judiciário do país Requerido [i.e., homologação mediante a verificação de legalidade, que, no Brasil, é realizada pelo STJ]”* (MONTEIRO, André Luis. VERÇOSA, Fabiane. In: Breves Comentários ao código de processo civil [livro eletrônico]. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Júnior, Eduardo Talamini e Bruno Dantas (coords), 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015).

pedidos de prova, por vezes, o cumprimento é atrasado por circunstâncias alheias ao nosso controle”²¹ e que “*em diversos casos, não conseguiremos cumprir o prazo requerido*”²² na carta rogatória.

Não somente, com relação às cartas rogatórias requerendo a oitiva de testemunhas, o aludido documento informa que “[g]eralmente, pedidos de prova serão cumpridos em de três (3) a seis (6) meses. No entanto, se a testemunha se recusa ou não consegue produzir a prova voluntariamente, ela precisa ser compelida com base no 28 U.S.C. § 1782, o que costuma ser um processo mais lento”.²³

Ou seja, mesmo nos Estados Unidos, país considerado referência na eficácia dos meios de produção de prova, não há qualquer garantia de quando a carta rogatória expedida com esse fim será cumprida e nem mesmo se ela efetivamente será cumprida, sendo possível que a parte interessada precise entrar com um procedimento de *discovery* perante a justiça americana caso haja obstáculos à produção da prova requerida, sob pena de se impossibilitar a sua utilização no processo em que ela foi deferida.

A título de exemplo, nos autos de recurso de apelação julgado pela Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, relatou-se que foi determinada a oitiva de testemunha residente nos Estados Unidos. Entretanto, “[e]xpedita carta rogatória para inquirição de Rogério Jacinto Almondes, o departamento de justiça dos Estados Unidos da América informou, às fls. 459 (tradução – fls. 492/493), que foi impossível a localização da testemunha no endereço fornecido”.²⁴

E, pior que isso, mesmo que não se considere o atraso no cumprimento da carta rogatória ou até mesmo a sua impossibilidade, ainda se estará sujeito à demora administrativa relacionada à sua expedição, preparação e envio, o que também pode levar meses, senão anos. Isso é ilustrado pela constatação de que as múltiplas providências potencialmente necessárias para o envio de carta rogatória pelo TJSP, destacadas no capítulo anterior, já estão de acordo com o procedimento supostamente expedito previsto na Convenção de Haia sobre Provas.

²¹ Tradução livre do original: “*While we try to act expeditiously when executing requests for evidence, at times execution is delayed due to circumstances beyond our control*”. Disponível em: <https://www.justice.gov/civil/page/file/1036511/download> - Acesso em 27/10/2021, 22h56.

²² Tradução livre do original: “*in many cases we may be unable to meet the required deadline*”. Disponível em: <https://www.justice.gov/civil/page/file/1036511/download> - Acesso em 27/10/2021, 22h56.

²³ Tradução livre do original: “*Generally, requests for evidence will be executed within three (3) to six (6) months. However, if the witness is either unwilling or unable to provide the evidence voluntarily, the evidence must then be compelled pursuant to 28 U.S.C. § 1782, which is typically a lengthier process.*”. Disponível em: <https://www.justice.gov/civil/page/file/1036511/download> - Acesso em 27/10/2021, 22h56.

²⁴ TJES; Apelação 0000524-32.2005.8.08.0031, Rel. Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon, Segunda Câmara Cível, j. 05/05/2015; DJe 12/05/2015.

Assim, considerando que as cartas rogatórias expedidas com base na Convenção de Haia sobre Provas continuam tendo, para fins do direito brasileiro, as mesmas implicações destacadas no subcapítulo acima, é igualmente possível que a utilidade desse instrumento seja esvaziada em decorrência da sua morosidade, seja por implicar o indeferimento da produção da prova que demandaria a adoção de tal procedimento,²⁵ ou então pela possibilidade de o processo ao qual a prova a ser produzida é destinado já ter até mesmo transitado em julgado quando da devolução da carta.²⁶

2.3. Prova emprestada

A despeito de sua relação com o tema ser menos intuitiva que os demais mecanismos, a prova emprestada também tem importante papel na análise proposta no presente trabalho. Mesmo não tendo sido inicialmente idealizada para esse fim, a recente evolução da prova emprestada e as suas flexibilizações, notadamente com a inclusão do art. 372 no CPC, abriram caminho para a adoção do instituto para permitir a utilização de provas produzidas no exterior – como seria feito, com relação aos Estados Unidos, pelo procedimento de *discovery* previsto no 28 U.S.C. § 1782.

Como bem destaca Humberto Theodoro Júnior, a despeito de a legislação processual anterior à edição do Código de Processo Civil de 2015 ser silente com relação ao tema, a admissibilidade da chamada “prova emprestada” já era reconhecida na doutrina brasileira, “*fosse porque a lei permitia o emprego de ‘todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos’ para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa (art. 332, CPC/1973), fosse por força dos princípios da economia processual e celeridade nos julgamentos*”.²⁷

Seguindo esse mesmo entendimento, a jurisprudência brasileira também admitia a utilização de provas emprestadas no processo civil brasileiro. Nesse sentido, o STJ já tinha há muito consolidado seu posicionamento no sentido de que “[é] admissível a prova emprestada

²⁵ Na linha do precedente do TJSP já destacado: “Indeferimento de oitivas de testemunhas que residem nos EUA, por carta rogatória. Não configuração de cerceamento de defesa. Aplicação do princípio da razoável duração do processo aliado à ausência de imprescindibilidade das oitivas.” (TJSP; AI 1419069-56.2011.8.26.0000, Relator: Ruy Coppola, Data de Julgamento: 01/09/2011, 32ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 02/09/2011)

²⁶ Em razão, como exposto no capítulo acima: (i) da restrição das hipóteses de suspensão do processo pela pendência de devolução de carta rogatória prevista no art. 377, do CPC/15; ou então (ii) da limitação do prazo de suspensão com esse fim a 1 (um) ano, nos termos do art. 313, §4º, do CPC/15.

²⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. vol. i, 56 ed. ver. atual e ampl. [livro eletrônico], Rio de Janeiro: Forense, 2015.

*quando tenha sido colhida mediante garantia do contraditório, com a participação da parte contra quem deva operar”.*²⁸

Apesar de sua já ampla admissibilidade, a positivação de tal entendimento no art. 372 do referido diploma, segundo o qual “[o] juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observando o contraditório”, ainda foi uma relevante inovação. Isso porque, mesmo tendo a lei processual hoje vigente referendado o posicionamento pretérito com relação à admissibilidade de tal meio de produção de prova, os requisitos para tanto foram significativamente reduzidos e flexibilizados com a sua edição.

Mais especificamente, com base no entendimento doutrinário anterior ao CPC, a admissibilidade da prova emprestada estava sujeita à presença de, ao menos, quatro requisitos **cumulativos**, quais sejam: ²⁹ **(i)** o respeito ao contraditório no processo em que a prova foi inicialmente produzida e no processo em que se pretende utilizá-la; **(ii)** a identidade de partes entre as duas demandas, a fim de que a parte contra a qual será utilizada a prova emprestada tenha participado de sua produção; **(iii)** a identidade entre o fato objeto da prova nas duas ações; e **(iv)** que a prova tenha sido produzida perante o juiz natural da demanda originária. Todos esses requisitos foram superados ou, de certa forma, relativizados até os dias de hoje.

Na realidade, o requisito **(iii)** da identidade de partes foi superado antes mesmo do início da vigência do CPC, em julgamento da Corte Especial do STJ do EREsp 617.428, no qual a Min. Nancy Andrichi, relatora do acórdão, bem delineou que “a prova emprestada não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade, sem justificativa razoável para tanto”.³⁰⁻³¹

Além disso, a redação dada pelo legislador ao art. 372, do CPC, não deixa dúvidas ao manter como único requisito à admissibilidade da prova emprestada **(i)** o respeito ao contraditório, assim como já se considerava anteriormente. No entanto, pela adotada pelo STJ, até mesmo essa

²⁸ RT 300/229, por citação no acórdão do STF publicado na RTJ 56/285. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. vol. i, 56 ed. ver. atual e ampl. [livro eletrônico], Rio de Janeiro: Forense, 2015.

²⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. vol. i, 56 ed. ver. atual e ampl. [livro eletrônico], Rio de Janeiro: Forense, 2015.

³⁰ STJ, EREsp nº 617.428/SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, Corte Especial, julgado em 04.06.2014, DJe em 17.06.2014.

³¹ O referido entendimento foi referendado no Enunciado 30 da I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal, segundo o qual “É admissível a prova emprestada, ainda que não haja identidade de partes, nos termos do art. 372, do CPC”. Desde então, tem sido adotado pela jurisprudência brasileira, como em: “Prova emprestada que é admitida, ainda que produzida em processo em que a ré não participou, desde que garantido o contraditório nos autos em que utilizada. Jurisprudência tranquila do Superior Tribunal de Justiça.” (TJSP, 33ª CamDirPr., Apelação Cível 1027514-38.2019.8.26.0100, Rel. Des. Ana Lucia Romanhole Martucci, j. 19/02/2021)

exigência foi parcialmente relativizada quando do julgamento do recurso mencionado acima, superando-se o entendimento de que ela seria aplicável tanto ao processo no qual a prova a ser emprestada foi inicialmente produzida, quanto naquele em que ela seria posteriormente utilizada.

Nesse sentido, o STJ consignou que entendia ser necessária a garantia “às partes [d]o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, afigura-se válido o empréstimo”. Logicamente, considerando que se admitiu a não participação, na demanda em que a prova emprestada foi produzida, das partes da ação em que se pretende utilizá-la, não há como se considerar que essas mesmas partes tenham o contraditório garantido nos dois processos.

O referido posicionamento – de que a garantia do contraditório se refere ao processo de destino da prova emprestada, e não de origem – foi inclusive essencial à edição da Súmula 591 do STJ, fundada em uma série de precedentes nos quais se concluiu “*que é possível a utilização de provas emprestadas de inquérito policial e processo criminal na instrução de processo [administrativo] disciplinar, desde que assegurado o contraditório*”. Afinal, ainda que as partes participassem das duas demandas (a de origem e a de destino da prova emprestada), é cediço que inquéritos policiais têm natureza meramente inquisitorial, não estando vinculados à necessidade de garantia ao contraditório.³²

Destaque-se que tal posição ainda não é pacífica na doutrina. O Enunciado nº 52 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, por exemplo, é claro ao consignar que a admissibilidade da prova emprestada depende da “*observância do contraditório no processo de origem, assim como no processo de destino*”. Na mesma linha, Arruda Alvim ainda entende pela necessidade de ter sido garantido “*o contraditório prévio, na formação da prova, no processo originário, e o contraditório posterior, quando da julgada do documento (prova emprestada), ao processo destinatário*”.³³

Respeitado o entendimento nesse sentido, fato é que, além de não serem mais tidos pela doutrina e pela jurisprudência majoritárias como essenciais à admissibilidade da prova emprestada, é lógico considerar que o EREsp 617.428 e a Súmula 591, ambos do STJ, também

³² Nesse sentido: “Não se exige que a prova tenha sido produzida no mesmo juízo, tampouco se exige que se trate de processo que tenha tramitado perante o Poder Judiciário. É admissível o empréstimo de prova produzida em processo administrativo ou arbitral, desde que observado o devido processo legal no processo no qual a prova foi produzida.” (IURA, Alexandre Miura. Comentário ao art. 372. In: CUNHA, Fernando Antonio Maia da; CARVALHO FILHO, Milton Paulo de; RIGOLIN, Antonio (coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil: perspectivas da magistratura*. 1ª ed. em e-book baseada na primeira ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.)

³³ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil [livro eletrônico]: teoria do processo e processo de conhecimento*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

fizeram cair por terra os requisitos: **(iii)** da identidade entre os fatos objeto da prova nas duas demandas e **(iv)** da necessidade de sua produção perante um juiz natural no processo de origem.

Isso porque, considerando que, como exposto acima, as partes não precisam ser as mesmas na demanda de origem e na de destino da prova emprestada, e a primeira delas sequer precisa estar sujeita às normas do processo civil brasileiro (como é o caso dos inquéritos policiais), não há como se considerar que os referidos fatores ainda poderiam ser exigidos. A uma, porque não há juiz natural em procedimentos nos quais não há prestação de atividade jurisdicional; e a duas, porque a admissibilidade da existência de distinção entre a natureza e as partes das demandas de origem e de destino torna esperada a possibilidade de que os fatos objeto da prova emprestada não sejam os mesmos em cada uma delas.

Portanto, a admissibilidade da prova emprestada, nos termos do art. 372, do CPC e do entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário, está sujeita à verificação exclusivamente da observância do contraditório no processo em que se pretende utilizá-la. Por outro lado, a despeito de ser inconteste a sua admissibilidade no processo civil brasileiro como forma de economia processual, é controvertido se a apresentação da prova emprestada gera os mesmos efeitos por ela produzidos na demanda em que ela foi originalmente colhida.

Primeiro, porque não é pacífica a possibilidade de o julgador valorar uma prova emprestada e uma prova especificamente produzida para aquela demanda da mesma forma. Por um lado, há quem considere que o juiz do processo no qual a prova emprestada é apresentada tem ampla liberdade para, com base no art. 371, do CPC/15, valorá-la da forma que considerar correta. Daniel Amorim Assumpção Neves, por exemplo, pondera que “*o juiz do processo de destino atribuirá à prova emprestada a carga valorativa que entender adequada à situação concreta*”, tendo em vista que “*a valoração da prova [é] um ato personalíssimo do juiz*”.³⁴⁻³⁵

No entanto, parte da doutrina também adota o posicionamento contrário, entendendo pela possibilidade de redução da capacidade probatória da prova emprestada dependendo de elementos específicos verificados caso a caso. Nesse sentido, apesar de concordar que a admissibilidade está restrita apenas à verificação da observância do contraditório no processo em que ela será apresentada, Humberto Theodoro bem ressalta que os requisitos considerados pela doutrina anterior ao CPC e dispensados pelo art. 372 do código “*serão levad[os] em conta para aferir-se*

³⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado. Salvador: Ed. JusPodvm, 2016, p. 653.

³⁵ Nesse mesmo sentido: “Também neste caso – e nem poderia ser diferente – incide o princípio do convencimento motivado do juiz (art. 371), cabendo a ele avaliar a prova emprestada independentemente da análise ocorrida no processo em que produzida. Não há, com efeito, nenhuma espécie de vinculação no caso.” (BUENO, Cassio Scarpinella Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015 [livro eletrônico]. São Paulo: Saraiva, 2015.)

*o maior ou menor valor de convencimento da prova tomada de empréstimo diante da instrução do novo processo”.*³⁶

A ressalva com relação à força probatória das provas emprestadas é ainda mais acentuada em outras obras, nas quais se considera que a liberdade de valoração dada para o julgador pelo art. 371, do CPC, é invariavelmente limitada nessa hipótese, devendo o julgador considerar tais evidências como provas inferiores impondo e “*voltar sua análise crítica para o questionamento se sua produção em outro processo em que medida desqualifica sua potencialidade informativa para o processo em que é aproveitada*”.³⁷

Ainda sobre o valor probatório atribuído às provas emprestadas, outra questão até hoje controvertida é a natureza por elas adquiridas no momento em que são juntadas aos autos da demanda em que se pretende utilizá-las: se mantêm a natureza que tinham no momento em que foram constituídas (como, por exemplo, seria o caso de a transcrição de um depoimento continuar sendo considerada uma prova testemunhal); ou então se passam a ter natureza de prova documental (de forma que essa transcrição passaria, a partir da sua admissão como prova emprestada, a ser vista como um mero documento).

Adotando o segundo posicionamento, Ovídio Batista da Silva já considerava que “[d]iz-se prova emprestada aquela que, tendo sido já utilizada como prova em um processo, é transposta, sob forma de prova documental, para um outro processo, de idêntica ou diversa natureza”.³⁸ Esse posicionamento era o mesmo adotado pela jurisprudência do STJ, segundo a qual “[a] prova pericial trasladada para outros autos, como prova emprestada, passa à categoria de prova documental”.³⁹

Esse entendimento é severamente criticado por Araken de Assis, segundo o qual “[o] valor da prova importada é o originário”. A partir disso, o autor conclui que “[o] juiz do processo importador há de reconhecer à prova emprestada de outro a mesma fê que teve ou teria no processo exportador, no qual procedeu-se à colheita respectiva. (...) Assim, o precedente do STJ,

³⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. vol. i, 56 ed. ver. atual e ampl. [livro eletrônico], Rio de Janeiro: Forense, 2015.

³⁷ FERREIRA, William Santos. In: Breves comentários do código de processo civil [livro eletrônico]. Teresa Arruda Alvim Walbier, Fredie Didier Júnior, Eduardo Talamini, Bruno Dantas (coords.). 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

³⁸ BATISTA DA SILVA, Ovídio A. Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento. Vol. 1, 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

³⁹ STJ, REsp 683.187/RJ, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, julgado em 08/11/2005, DJ 15/05/2006.

*segundo o qual, ‘a prova pericial trasladada para outros autos, como prova emprestada, passa à categoria de prova documental’, revela-se errôneo e mal fundado”.*⁴⁰⁻⁴¹

A despeito de não se buscar solucionar essas controvérsias, a sua análise é de suma relevância para o tema abordado no presente trabalho, que busca explorar o procedimento de *discovery* como forma de produção de provas nos Estados Unidos voltadas à instrução de processos em trâmite no Brasil, segundo a disciplina da lei processual brasileira. Isso porque demonstra algumas das preocupações centrais do ordenamento nacional relacionados à admissibilidade de provas produzidas no exterior – como a observância do contraditório e das garantias fundamentais – e ilustra o desenvolvimento da doutrina, da jurisprudência e do próprio processo civil em um caminho mais favorável à amplificação da utilização de institutos como o analisado neste estudo.

A título de exemplo, se o requisito da observância ao contraditório não tivesse sido parcialmente flexibilizado da forma descrita acima, dificilmente um elemento probatório obtido por meio de procedimento de *discovery* poderia ser utilizado sem maiores questionamentos em um processo em trâmite no Brasil – discussão essa que será objeto de tópico específico mais à frente.

Essa conclusão decorre, em primeiro lugar, da basilar noção de que o processo civil brasileiro possui um *standard* claro relacionado ao exercício do contraditório, garantido por meio dos mecanismos presentes na Constituição Federal e na legislação processual. Sendo assim, seria extremamente cômodo à parte potencialmente prejudicada por prova obtida nos Estados Unidos em procedimento de *discovery* impugnar a sua utilização com base em suposto desrespeito ao contraditório quando da sua produção alegando inobservância de algum mecanismo específico do direito brasileiro voltado à proteção dessa garantia.

De igual forma, caso não tivesse sido desconsiderada a exigência de que a prova a ser emprestada tenha sido produzida perante o juiz natural da demanda originária, seria dificultado o aproveitamento de elementos obtidos em diversos países para instrução de processos no Brasil. A título ilustrativo, sabe-se que, nos países de *common law*, o direito autônomo à produção de provas é extremamente valorizado, sendo possível que (ainda que sob o crivo do Judiciário) as próprias partes conduzam a fase de *pre-trial discovery*, durante a qual são obtidas quase todas as provas que serão utilizadas ao longo de um processo de conhecimento. Diante disso, caso uma parte pretendesse utilizar uma prova produzida, durante fase de *pre-trial discovery*, longe dos olhos do

⁴⁰ ASSIS, Araken de. Processo Civil Brasileiro, Vol. III. 1ª ed. em e-book baseada na 1ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, Item 1.884.

⁴¹ No mesmo sentido: ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil [livro eletrônico]: teoria do processo e processo de conhecimento. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, item 24.5.2.

Judiciário americano, a parte por ela prejudicada poderia se opor ao seu aproveitamento com base no referido requisito.

Essas constatações implicam a aparente admissibilidade de utilização, como prova emprestada, de uma prova produzida no exterior em um processo em trâmite perante o Poder Judiciário brasileiro. Nesse caso, a despeito de demandar maior atenção no exame da licitude de uma prova produzida no exterior, as consequências da sua recepção como prova emprestada seriam essencialmente as mesmas daquelas decorrentes da utilização de elemento obtido em território nacional. Veja-se a lição de Paulo Osternack Amaral sobre o tema:

“[E]ntende-se ser possível, como regra, o empréstimo de uma prova produzida em processo que tramita (ou tramitou) no exterior. A prova produzida fora dos limites da jurisdição nacional, mas por meio admitido no Brasil, é perfeitamente passível de ser emprestada a um processo em trâmite nesse país. Basta que sejam extraídas cópias que permitam aferir a regularidade da colheita da prova (citação, contraditório etc.) e compreender o sentido e extensão de tais informações.²⁸ Para que a documentação em língua estrangeira possa ser juntada aos autos, exige-se que esteja acompanhada de versão para a língua portuguesa “tramitada por via diplomática ou pela autoridade central, ou firmada por tradutor juramentado” (CPC, art. 192, parágrafo único).

Ademais, se é permitida a colheita de uma prova no exterior por meio de carta rogatória – e ninguém questiona a sua eficácia – por identidade de motivos também não se poderia impedir o empréstimo.

A prova produzida no exterior ingressará no processo tal como as demais provas emprestadas. Será submetida a exame de admissibilidade, em que o juiz examinará aspectos relacionados à regularidade da colheita da prova, à sua pertinência, adequação e utilidade das informações. Caso preencha os requisitos necessários, será incorporada ao conjunto probatório e receberá o valor que merecer no momento do julgamento.

Mas advirta-se que o exame da licitude da prova deverá receber maior atenção no caso de empréstimo de prova produzida no exterior. Afinal, nada impede que a prova tenha sido colhida de acordo com a lei do país estrangeiro, mas com o emprego de métodos incompatíveis com a legislação brasileira ou com a ordem pública nacional (por exemplo, confissão obtida mediante o emprego de narcoanálise, em país que ainda admita tal método).⁴²

A despeito de o empréstimo de provas produzidas no exterior em matéria cível ser tema escasso na jurisprudência brasileira, o STJ já pôde se pronunciar sobre a admissibilidade de provas produzidas em processos estrangeiros para instruir demandas em matéria penal. Nesse sentido, no julgamento da APN 856, pela Corte Especial do STJ, em que se questionava a legalidade da

⁴² AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: Atipicidade, Liberdade e Instrumentalidade*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 110.

utilização de provas enviadas por autoridade suíça ao Ministério Público, concluiu-se que, “*como a prova foi considerada admissível segundo o padrão legal suíço, não há que ser questionada a validade de seu envio aos responsáveis pela persecução penal no Brasil*”.⁴³ Vale destacar que, apesar de o referido caso ter sido decidido à luz das normas do processo penal, a racionalidade adotada é plenamente transferível para o âmbito cível, tendo em vista que os institutos processuais são compreendidos de forma restritiva em matéria penal.

Da mesma forma, o TRF-2 já entendeu pela possibilidade de utilização de sentenças estrangeiras não homologadas como provas emprestadas em processos em trâmite no Brasil. No caso, concluiu-se que “[a] *sentença estrangeira não homologada pelo STJ, ainda que sem eficácia dentro do âmbito nacional, pode ter depoimentos e relatos, contidos no seu bojo, utilizados como prova emprestada*”.⁴⁴

A admissibilidade irrestrita de utilização de elementos probatórios obtidos em processos estrangeiros como prova emprestada, no entanto, não é pacífica na doutrina brasileira. Sobre o tema, Eduardo Talamini⁴⁵ já se manifestou (antes da edição do CPC) concluindo que provas extraídas de processos estrangeiros apenas podem ser admitidas como prova emprestada quando a sua produção no Brasil for impossível. Mais recentemente, Araken de Assis⁴⁶ adotou posicionamento similar, mas restrito às provas produzidas por autoridades estrangeiras que não exerçam função jurisdicional.

Para além de, como visto, a admissibilidade de elementos probatórios de processos estrangeiros como prova emprestada ser questionável, a própria natureza do instituto restringe sobremaneira a sua aplicabilidade. Isso decorre do fato de a prova emprestada ser, por definição,

⁴³ STJ, Corte Especial, APN 856, Rel. Min. Nancy Andrigli, j. 18.10.2017.

⁴⁴ TRF2, 1ª T. Especializada, Ap. Cív. 0512586-38.2003.4.02.5101, Rel. Des. Fed. Márcia Helena Nunes, j. 11.11.2008.

⁴⁵ “É igualmente inviável o empréstimo de prova produzida no exterior. Órgãos, ainda que jurisdicionais, de outros Estados não exercem jurisdição brasileira (...). Todavia, em todos aqueles casos em que a prova não tenha como ser realizada no Brasil, torna-se admissível seu traslado de processo já desenvolvido em outro Estado (por exemplo: a ouvida de testemunhas no exterior; exame pericial sobre bem situado fora do território nacional etc.). Afinal, a exigência de que as provas se produzam frente à jurisdição brasileira tem seu limite na própria possibilidade de tal produção — sob pena de haver desarrazoada restrição ao direito de provar (v. 12, adiante).” (TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. In: *Revista de Processo*, ano 23, n.º 91, Jul.-Set. 1998, pp. 101-102.)

⁴⁶ “Em contrapartida, o direito fundamental processual do juiz natural exige que a prova importada haja se produzido perante órgão dotado de jurisdição. É inadmissível importar prova do processo administrativo (v.g., do inquérito civil, instaurado para investigar situação e subsidiar futura ação civil pública), haja ou não contradição obrigatória (art. 5.º, LV, da CF/1988), não sendo prova emprestada, tecnicamente, o traslado do inquérito policial; do juízo arbitral; e de órgão judiciário estrangeiro, exceção feita às hipóteses em que semelhante prova não se passível de realizar-se no território brasileiro (v.g., o depoimento de testemunha residente no estrangeiro).” (ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*, Vol. III. 1ª ed. em e-book baseada na 1ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, Item 1.884.)

“aquela que tendo sido produzida em determinado processo (para comunhão interna), ingressa em outro, para o qual não foi originalmente produzida (comunhão externa)”.⁴⁷

Ou seja, diferentemente da carta rogatória e da cooperação internacional, ambas analisadas acima, para que se possa considerar a possibilidade de utilização da prova emprestada para obtenção de evidências no exterior, faz-se necessário que haja um processo estrangeiro anterior que discuta aquele fato específico e no qual os elementos buscados já tenham sido produzidos. Em outras palavras, a despeito da pertinência teórica da discussão, é virtualmente impossível que a prova emprestada venha a ser utilizada como uma forma de atribuir maior celeridade e eficiência à produção de provas em demandas transnacionais em trâmite perante o Judiciário brasileiro.

⁴⁷FERREIRA, William Santos. In: Breves comentários do código de processo civil [livro eletrônico]. Teresa Arruda Alvim Walbier, Fredie Didier Júnior, Eduardo Talamini, Bruno Dantas (coords.). 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

3. O DISCOVERY COMO FORMA DE PRODUÇÃO DE PROVAS NOS ESTADOS UNIDOS VOLTADAS À INSTRUÇÃO DE PROCESSOS NO EXTERIOR

Para melhor compreensão das características específicas do *discovery* previsto no 28 U.S.C. § 1782, objeto do presente trabalho, será, primeiramente, feito um parâmetro geral das particularidades do direito probatório anglo-saxão e, a partir disso, da evolução histórica do instituto do *discovery*, com especial destaque ao direito americano.

Serão, então, abordadas as características principais do instituto de *discovery* ora analisado, dando-se especial enfoque àquelas que podem gerar questionamentos relacionados à possibilidade de utilização das provas por meio dele produzidas em demandas em trâmite perante o Poder Judiciário nacional.

Nesse sentido, será explicado que o *discovery* consiste em um mecanismo previsto na legislação americana, cuja concessão depende do preenchimento de requisitos relativamente amplos, que permite a realização de ampla produção probatória, com pouca ou nenhuma supervisão do Judiciário, sem necessariamente atrelá-las a um pronunciamento de mérito – aspectos esses relacionados tanto ao instituto previsto no 28 U.S.C. § 1782, quanto ao *discovery* como etapa da fase de *pre-trial*.

3.1. Particularidades do sistema probatório americano e breve histórico do instituto analisado

Uma das distinções mais relevantes entre o *civil law* e o *common law* no âmbito do direito probatório consiste na separação existente entre a disciplina e as fases processuais relacionadas à produção dos elementos probatórios e a sua efetiva introdução nos autos de uma demanda. Essa particularidade, como bem detalhado por João Luiz Lessa Neto, decorre da organização do processo perante o Judiciário americano como um procedimento “*bifásico*”, seguindo um “*modelo de processo concentrado, no qual a coleta de informações se dá de maneira estanque, separada do momento de sua efetiva apresentação ao julgador*”.⁴⁸

De forma geral, o processo americano é dividido em duas fases principais, a **fase *pre-trial***, durante a qual são produzidos os elementos probatórios relacionados à questão em litígio – na qual ocorre a etapa processual chamada de *discovery* –, e a **fase de *trial***, em que as alegações das partes e as provas por elas consideradas relevantes apresentadas e apreciadas pelo juiz.

⁴⁸ LESSA NETO, João Luiz. Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra. Londrina: Toth, 2021, p. 147.

A fase *pre-trial* é iniciada pela etapa de *pleading*, durante a qual as partes apresentam uma breve descrição de suas alegações e dos fundamentos que levarão à procedência ou à improcedência da demanda e, portanto, que serão objeto das provas a serem produzidas – com base nas quais as alegações das partes poderão ser posteriormente alteradas e/ou complementadas. Não há, assim, ao contrário do que se verifica no procedimento comum previsto no CPC, a necessidade de exposição exaustiva das alegações das partes desde o início do processo, sob pena de preclusão.

Vale notar que, apesar de ser possível a realização de um paralelo entre o instituto da produção antecipada de provas e a fase de *pre-trial*, uma vez que, de maneira superficial, ambos podem ser voltados à produção de provas, antes da estabilização da demanda principal, a serem utilizadas para se obter um futuro pronunciamento de mérito,⁴⁹ há relevantíssima distinção entre a natureza de cada uma delas. Afinal, “o processo autônomo de produção antecipada de prova é de *jurisdição voluntária*” em que se verifica apenas “a existência de uma litigiosidade potencial”.⁵⁰ A fase *pre-trial* – e, conseqüentemente, a etapa do *discovery* –, por outro lado, como bem destaca João Luiz Lessa Neto, a despeito da maior superficialidade em que as questões de mérito são nela abordadas, em comparação à fase postulatória do processo civil brasileiro, já tem nítido caráter contencioso.⁵¹

Por isso é que, como se verá, o mecanismo do *discovery* previsto no 28 U.S.C. § 1782, objeto deste trabalho tem como requisito a existência de um processo estrangeiro em curso ou prestes a ser instaurado no qual se pretende utilizar os elementos por meio dele buscadas,⁵² ao passo que a produção antecipada de provas prevista no CPC é inadmissível quando voltada à obtenção de documentos e outros meios de prova para instruir processos já ajuizados.⁵³

⁴⁹ “Essa prévia investigação da prova se assemelha à produção antecipada de prova, sem o requisito de urgência, que encontra-se prevista no artigo 381, II e III do Novo Código de Processo Civil.” (CARVALHO, Nathália Gonçalves de Macedo. Introdução ao Federal Rules of Evidence e os pontos de encontro com o CPC 15”. In: DIDIER JR., Fredie (coord. Geral); JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (coords.). Grandes Temas do NCPD: Direito Probatório. V. 5. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018. pp. 1196.)

⁵⁰ DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2. Salvador: JusPodivm, 2016, pp. 142-143.

⁵¹ LESSA NETO, João Luiz. Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra. Londrina: Toth, 2021, p. 150.

⁵² “A corte distrital do distrito em que uma pessoa residir ou se encontrar pode determinar que ela dê o seu testemunho ou declaração, ou produza um documento ou outra coisa para ser utilizada em um procedimento em um tribunal estrangeiro ou internacional”. Tradução livre do original: “The district court of the district in which a person resides or is found may order him to give his testimony or statement or to produce a document or other thing for use in a proceeding in a foreign or international tribunal”

⁵³ “Apelação – Ação de produção antecipada de provas – Indeferimento de plano do pedido e extinção do processo, por falta de interesse de agir – Inconformismo – Não acolhimento – Autora que, antes do ajuizamento da ação de produção antecipada de provas, ajuizou pedido de tutela cautelar antecedente, com amparo na mesma narrativa, no qual já apresentado o pedido principal – Hipóteses de cabimento do art. 381, do CPC, não configuradas – Disputa já judicializada – Prova pretendida que poderá ser produzida no curso da instrução da demanda anteriormente ajuizada e em curso – Falta de interesse de agir para a ação de produção antecipada de provas, tanto sob a ótica da adequação, quanto sob a ótica da necessidade – Sentença mantida – Recurso

O *discovery*, portanto, consiste em uma etapa processual, de caráter contencioso, que ocorre ao longo da fase *pre-trial*, na qual é realizada a produção das provas que poderão ser utilizadas pelas partes para sustentar os seus argumentos durante o julgamento do processo. Esses elementos não são diferentes com relação ao mecanismo previsto no 28 U.S.C. § 1782, no qual o *discovery* mantém sua natureza e o seu objetivo principal, sendo a única distinção o fato de que ele passa a atuar como se fosse uma demanda incidental em trâmite perante o Judiciário americano, mas que faz parte de um processo principal ajuizado em um tribunal internacional ou estrangeiro.

As características do procedimento de *discovery* mais importantes à análise feita no presente trabalho consistem: **(i)** na amplitude das provas que podem ser por meio dele produzidas, que não se restringem àquelas que sustentam diretamente os argumentos da parte que requer a sua produção e não estão sujeitas a várias das limitações impostas pelo direito processual brasileiro; e **(ii)** na sua forma de condução, que é majoritariamente feita pelas próprias partes, sem significativa supervisão do magistrado competente.

O mecanismo do *discovery* surgiu no âmbito da chamada *equity*, vertente do direito anglo-saxão que se desenvolveu, a partir do século XV, em paralelo ao *common law*, voltada à solução de litígios por equidade por uma autoridade religiosa chamada *chancellor*. Perante a jurisdição dos *equity courts*, em um procedimento denominado *discovery of documents*, o *chancellor* tinha o poder de determinar que fossem exibidos, antes da fase de julgamento, documentos relevantes à fundamentação dos argumentos da parte adversa.⁵⁴

O *discovery* desenvolvido na Inglaterra, que passou a adotar o nome de *disclosure* com o início da vigência das *Civil Procedure Rules* de 1998, permite que uma parte seja obrigada pela outra, por terceiros, ou até mesmo pelo juízo, a exibir todo o conjunto probatório relacionado à questão em análise, no que se incluem os elementos favoráveis e contrários às suas alegações. Para além disso, admite-se que uma parte seja compelida a responder, sob juramento, uma lista de perguntas que poderá ser utilizada no julgamento da demanda.⁵⁵

Já nos Estados Unidos, o procedimento do *discovery* passou a ser adotado pelas cortes na primeira metade do século XIX, mas a sua utilização de forma ampla era prejudicada por ele estar sujeito a uma série de restrições, o que o tornava um mecanismo excessivamente lento e custoso.

desprovido, com fixação de honorários advocatícios recursais.” (TJSP; Apelação Cível 1029429-52.2019.8.26.0576; Rel.: Grava Brazil; 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; j. 10/03/2020)

⁵⁴ PITTA, Rafael Gomiero. *Discovery* e outros instrumentos processuais do *common law*: a eficiência dos meios probatórios na resolução de conflitos nas fases iniciais do procedimento civil (*pre-suit* e *pretrial*). Londrina: Toth, 2021, p. 71.

⁵⁵ PITTA, Rafael Gomiero. *Discovery* e outros instrumentos processuais do *common law*: a eficiência dos meios probatórios na resolução de conflitos nas fases iniciais do procedimento civil (*pre-suit* e *pretrial*). Londrina: Toth, 2021, p. 72.

Tais características, no entanto, deram início a um processo de sucessivas reformas no âmbito dos estados americanos, a fim de permitir a ampliação da aplicação do instituto.⁵⁶

Foi então em 1938 que foram promulgadas as *Federal Rules of Civil Procedure* contendo, com relação ao *discovery*, um regramento central, que poderia ser aplicado por todos os estados – apesar de, na prática, ser utilizado de forma obrigatória apenas na Justiça Federal americana e de forma subsidiária e complementar em parte dos demais entes federativos –, no qual o mecanismo passou a ter características que o tornaram muito mais ágil e eficiente. A título de exemplo, como bem detalhado por Rafael Gomiero Pitta, “*dentre as alterações mais significativas que as Federal Rules (1938) trouxeram para a discovery, está a possibilidade da realização de oral depositions sem a presença de um oficial da corte*”, desburocratização que evidentemente facilitava a produção das referidas provas.⁵⁷

Desde o início da vigência das *Federal Rules* de 1938, o *discovery* vem sofrendo várias mudanças impostas por alterações normativas, mas, principalmente, pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos. Rafael Gomiero Pitta bem exemplifica uma dessas alterações em sua obra, ocorrida por ocasião das decisões da Suprema Corte nos casos *Bell Atlantic Corp. v. Twombly* (2007) e *Ashcroft v. Iqbal* (2009), a partir dos quais se passou a exigir maior especificidade dos pedidos iniciais na etapa de *pleading*, reduzindo, consequentemente, a amplitude do *discovery* que a sucede e é nela baseada.

Por sua vez, o procedimento de *discovery* ora analisado, que permite a produção de provas voltadas à instrução de demandas estrangeiras, foi incluído na Seção 28, do *United States Code* pela reforma legislativa realizada em 1948, que consolidou e alterou o ato promulgado em 1855, primeira norma do direito americano a abordar o tema. Desde então, o 28 U.S.C. § 1782 sofreu algumas alterações em seu texto e esteve sujeito a mudanças em sua interpretação pela jurisprudência da Suprema Corte, algumas das quais serão abordadas mais à frente.

Como já se introduziu e será mais bem detalhado a seguir, o § 1782 do 28 U.S.C., conforme indica o seu próprio título, consiste em um mecanismo de “*assistência a tribunais estrangeiros e internacionais e aos litigantes perante esses tribunais*”.⁵⁸ Permite, assim, a utilização direta do

⁵⁶ PITTA, Rafael Gomiero. *Discovery e outros instrumentos processuais do common law: a eficiência dos meios probatórios na resolução de conflitos nas fases iniciais do procedimento civil (pre-suit e pretrial)*. Londrina: Toth, 2021, p. 82.

⁵⁷ PITTA, Rafael Gomiero. *Discovery e outros instrumentos processuais do common law: a eficiência dos meios probatórios na resolução de conflitos nas fases iniciais do procedimento civil (pre-suit e pretrial)*. Londrina: Toth, 2021, p. 83.

⁵⁸ Tradução livre do original: “§ 1782 - Assistance to foreign and international tribunals and to litigants before such tribunals”.

Judiciário americano para a obtenção, nos Estados Unidos, de provas que serão utilizadas para instrução de processos estrangeiros ou internacionais. Veja-se o conteúdo do referido dispositivo:

“§ 1782 - (a) A corte distrital do distrito em que uma pessoa residir ou se encontrar pode determinar que ela dê o seu testemunho ou declaração, ou produza um documento ou outra coisa para ser utilizada em um procedimento em um tribunal estrangeiro ou internacional, incluindo investigações criminais conduzidas antes da acusação formal. A ordem pode ser feita mediante carta rogatória emitida, ou pedido feito por um tribunal estrangeiro ou internacional ou a pedido de qualquer pessoa interessada e pode ordenar que o depoimento ou declaração seja dado, ou o documento ou outra coisa seja produzido, perante uma pessoa designada pelo tribunal. Em virtude de sua nomeação, a pessoa nomeada tem poderes para administrar qualquer juramento necessário e tomar o depoimento ou declaração. A ordem pode prescrever a prática e o procedimento, que podem ser, no todo ou em parte, a prática e o procedimento do país estrangeiro ou do tribunal internacional, para tomar o depoimento ou declaração ou produzir o documento ou outra coisa. Na medida em que a determinação não prescreva o contrário, o depoimento ou declaração será tomado, e o documento ou outra coisa produzida, de acordo com as *Federal Rules of Civil Procedure*.

Uma pessoa não pode ser obrigada a dar seu testemunho ou declaração ou a produzir um documento ou outra coisa que viole qualquer privilégio legalmente aplicável.

(b) Este capítulo não impede que uma pessoa nos Estados Unidos dê voluntariamente seu depoimento ou declaração, ou produza um documento ou outra coisa, para uso em um processo em um tribunal estrangeiro ou internacional perante qualquer pessoa e de qualquer maneira aceitável para dele.”⁵⁹

⁵⁹ Tradução livre do original: “§ 1782 - (a) The district court of the district in which a person resides or is found may order him to give his testimony or statement or to produce a document or other thing for use in a proceeding in a foreign or international tribunal, including criminal investigations conducted before formal accusation. The order may be made pursuant to a letter rogatory issued, or request made, by a foreign or international tribunal or upon the application of any interested person and may direct that the testimony or statement be given, or the document or other thing be produced, before a person appointed by the court. By virtue of his appointment, the person appointed has power to administer any necessary oath and take the testimony or statement. The order may prescribe the practice and procedure, which may be in whole or part the practice and procedure of the foreign country or the international tribunal, for taking the testimony or statement or producing the document or other thing. To the extent that the order does not prescribe otherwise, the testimony or statement shall be taken, and the document or other thing produced, in accordance with the Federal Rules of Civil Procedure.

A person may not be compelled to give his testimony or statement or to produce a document or other thing in violation of any legally applicable privilege.

(b) This chapter does not preclude a person within the United States from voluntarily giving his testimony or statement, or producing a document or other thing, for use in a proceeding in a foreign or international tribunal before any person and in any manner acceptable to him.”

3.2. Requisitos para concessão do *discovery*

Como se verá, o deferimento dos pedidos de obtenção de provas formulados com base no § 1782 do 28 U.S.C. está sujeito: **(i)** ao preenchimento dos requisitos previstos no dispositivo acima transcrito; e **(ii)** à discricão da própria corte competente, mediante a avaliação de uma série de fatores relacionados à pretensão do requerente, considerados relevantes pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos.

3.2.1. Requisitos legais

Como mencionado, a parte que buscar a obtenção de provas por meio de procedimento de *discovery* com base no 28 U.S.C. § 1782 deve, em primeiro lugar, preencher os requisitos expressamente previstos no aludido dispositivo.

3.2.1.1. Pessoa residente ou que se encontra no local de requerimento

O primeiro, e mais claro, requisito exigido pelo 28 U.S.C. § 1782 consiste na necessidade de a prova que se pretende produzir estar relacionada a uma pessoa ou entidade residente ou que se encontre no local em que o pedido é formulado – *i. e.*, nos Estados Unidos, seguindo as regras de competência territorial lá aplicáveis. Afinal, é lógico que o aludido mecanismo de assistência só pode ser utilizado quando a corte distrital efetivamente tenha jurisdição para determinar a produção da prova, o que somente ocorre dentro do território sobre o qual ela tem jurisdição para atuar.

3.2.1.2. Uso em procedimento em um tribunal estrangeiro ou internacional

O 28 U.S.C. § 1782 exige, ainda, que se pretenda utilizar as provas por meio dele obtida “*em um procedimento em um tribunal estrangeiro ou internacional, incluindo investigações criminais conduzidas antes da acusação formal*”.⁶⁰ Como destacado pela Suprema Corte no julgamento do emblemático caso *I Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, inc.*, essa redação do 28 U.S.C. § 1782, que substituiu o termo “*qualquer processo judicial*”, o Congresso americano

⁶⁰ Tradução livre do original: “(...) in a proceeding in a foreign or international tribunal, including criminal investigations conducted before formal accusation”.

ampliou significativamente o âmbito de aplicação do mecanismo, pois “*abriu caminho para assistência judicial em procedimentos estrangeiros administrativos e quase-judiciais*”.⁶¹

Apesar de não ser o foco do presente trabalho, mas considerando que é cada vez mais comum que disputas transnacionais – nas quais é frequente a necessidade de produção de provas em países diferentes daqueles em que o litígio tramita – sejam travadas em arbitragens e que uma parte relevante das questões de direito nacional abordadas no capítulo seguinte também pode ser aplicada de forma direta ou suplementar a arbitragens regidas pela legislação brasileira, vale destacar que não é pacífica a possibilidade de utilização do mecanismo ora analisado para a instrução de procedimentos arbitrais.

O entendimento pela impossibilidade de utilização do *discovery* para instruir procedimentos arbitrais é baseado principalmente na decisão do caso *Republic of Kazakhstan v. Biedermann Int’l*, no qual se concluiu que, mesmo com as reformas do 28 U.S.C. § 1782 voltadas à ampliação do instituto, não haveria evidência que o Congresso Americano pretendeu admitir a sua aplicação em relação a arbitragens comerciais internacionais.⁶² Há, no entanto, precedentes mais recentes se direcionando para uma posição mais branda, nos quais se considerou que o 28 U.S.C. § 1782 pode ser aplicado tanto em suporte a arbitragens comerciais estrangeiras,⁶³ quanto a arbitragens internacionais regidas pelas normas da UNCITRAL.⁶⁴

Merece nota, ainda, que a verificação da existência de um procedimento internacional ou estrangeiro para o qual é destinada a prova requerida consiste apenas em requisito ao deferimento do pedido, não impondo qualquer limitação à utilização das informações obtidas. Isso porque “[a] seção 1782 não impede que um requerente que tenha obtido legalmente o *discovery* nos termos da lei em relação a um processo estrangeiro use o quanto descoberto em outro lugar”.⁶⁵

3.2.1.3. Qualificação do requerente do *discovery*

O último requisito legal ao deferimento do pedido é a necessidade de o *discovery* ter sido requerido por: **(i)** um tribunal estrangeiro ou internacional; ou **(ii)** qualquer terceiro interessado na prova buscada.

⁶¹ Tradução livre do original: “Congress opened the way for judicial assistance in foreign administrative and quasi-judicial proceedings.” (*Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.*, 542 U.S. 241 (2004))

⁶² *Republic of Kazakhstan v. Biedermann Int’l*, 168 F.3d 880, 883 (5th Cir. 1999).

⁶³ *In re: Application of Hallmark Capital Corp.* 534 F.Supp.2d 951, 957 (D.Minn. 2007); *In re Application of Roz Trading Ltd.*, 469 F.Supp2d at 122.

⁶⁴ *Chevron Corp. v. Shefftz*, 754 F. Supp. 2d 254, 260 (D. Mass. 2010).

⁶⁵ Tradução livre do original: “Section 1782 does not prevent an applicant who lawfully has obtained discovery under the statute with respect to one foreign proceeding from using the discovery elsewhere unless the district court orders otherwise.” (*In re Accent Delight Int’l Ltd.*, 869 F.3d 121, 134–35 (2d Cir. 2017)).

Como visto acima, a despeito de ser controversa a extensão do pedido a tribunais arbitrais, é sedimentado o entendimento de que o 28 U.S.C. § 1782 não restringe a sua aplicação a apenas órgãos do Poder Judiciário, podendo ser adotado por autoridades responsáveis, por exemplo, tanto pela apreciação de procedimentos administrativos, quanto pela realização de investigações criminais, antes mesmo de haver uma acusação formal. No próprio caso *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.*, a Suprema Corte americana manteve a concessão de pedido de *discovery* formulado pela Comissão das Comunidades Europeias para instrução de um procedimento para análise de possíveis violações concorrenciais.

Além disso, a jurisprudência americana também já repeliu a alegação de que “*terceiros interessados*” seriam apenas os litigantes que são parte do procedimento no qual se pretende utilizar as provas buscadas, consolidando o entendimento no sentido de que o 28 U.S.C. § 1782 “*permite tanto tribunais estrangeiros quanto litigantes (assim como “pessoas interessadas”) a obter ordens de discovery perante cortes distritais*”.⁶⁶

3.2.2. Fatores adicionais considerados para concessão

Ainda que se reconheça que os requisitos previstos expressamente no texto legal para a concessão de pedidos de *discovery* formulados com base no 28 U.S.C. § 1782 são relativamente amplos, a jurisprudência americana tem se direcionado para impor maiores limites à aplicabilidade da medida e evitar abusos indesejados.

Nesse sentido, a Suprema Corte americana, notadamente no caso *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, inc.*, sedimentou o entendimento de “*que o §1782(a) autoriza, mas não obriga, uma corte distrital federal a conceder assistência judiciária para tribunais estrangeiros ou para pessoas interessadas em procedimentos em trâmite no exterior*”.⁶⁷ Assim, a Suprema Corte ressalva, com base em um relatório do Senado Americano acerca do dispositivo, que a determinação, ou não, da produção da prova requerida está sujeita “*à discricionariedade da corte que, em determinados casos, pode recusar a expedir uma ordem ou pode impor condições que considera desejáveis*”.⁶⁸

⁶⁶ Tradução livre do original “Section 1782(a), in contrast, permits both foreign tribunals and litigants (as well as other “interested persons”) to obtain discovery orders from district courts.” (*Servotronics, Inc. v. Rolls-Royce*, PLC 975 F.3d 689 (7th Cir. 2020))

⁶⁷ Tradução livre do original: “We caution (...) that § 1782(a) authorizes, but does not require, a federal district court to provide judicial assistance to foreign or international tribunals or to interested persons in proceedings abroad.” (*Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.*, 542 U.S. 241 (2004))

⁶⁸ Tradução livre do original: “(...) to the discretion of the court which, in proper cases, may refuse to issue an order or may impose conditions it deems desirable.” (*Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.*, 542 U.S. 241 (2004))

Essa discricionariedade deve ser exercida a partir da avaliação de alguns fatores, que podem pesar a favor ou contra a concessão da medida e estão relacionados ao pedido de produção de provas em si, ao requerente do *discovery* e suas intenções possíveis com o pedido, ou então ao procedimento para o qual se busca assistência.

Considerando o tema e a restrição do presente trabalho, optou-se por não analisar de forma exaustiva todos os fatores considerados para avaliar pedidos formulados com base no 28 U.S.C. § 1782, mas apenas aqueles que têm maior impacto na utilização do *discovery* como mecanismo para a obtenção de provas nos Estados Unidos voltadas à instrução de processos em trâmite perante o Judiciário brasileiro.

3.2.2.1. Admissibilidade das provas no procedimento estrangeiro

Talvez o fator mais relevante ao presente estudo que pode ser considerado para deferimento de pedido formulado com base no 28 U.S.C. § 1782 consiste na possibilidade de os elementos probatórios que se pretende obter serem admitidos no âmbito do procedimento estrangeiro no qual se busca utilizá-los.

A despeito disso, justamente pela dificuldade de verificação de impeditivos impostos por ordenamentos estrangeiros à produção e admissibilidade de provas, a jurisprudência americana leva tal avaliação *cum grano salis*, ponderando-a a partir de dois aspectos, quais sejam: (i) a possibilidade de que a autoridade estrangeira ou internacional, caso a prova buscada não estivesse fora de alcance, determinasse a sua produção; e (ii) a admissibilidade, uma vez produzido, de tal elemento no procedimento em que se quer utilizá-lo.

Sobre o primeiro ponto, o 28 U.S.C. § 1782 é expresso ao dispor que “[u]ma pessoa não pode ser obrigada a dar seu testemunho ou declaração ou a produzir um documento ou outra coisa que viole qualquer privilégio legalmente aplicável”.⁶⁹ A Suprema Corte, no entanto, ponderou no julgamento do caso *Intel Corp.* que tal regra apenas restringe a produção de provas protegidas por privilégio legal (*i.e.*, normas relacionadas ao sigilo de informações) conforme definido pela legislação americana, não condicionando a concessão do pedido de *discovery* à admissibilidade, pelo ordenamento estrangeiro, da exibição de tais elementos.⁷⁰

⁶⁹ Tradução livre do original: “§ 1782 (...) A person may not be compelled to give his testimony or statement or to produce a document or other thing in violation of any legally applicable privilege.”

⁷⁰ “Apesar de o §1782(a) expressamente proteger de *discovery* questões protegidas por privilégios legais aplicáveis, nada no texto do §1782(a) a autoridade da corte distrital à determinação da produção de documentos obtiveis na jurisdição estrangeira caso estivessem nela localizados.” Tradução livre do original: “Although §1782(a) expressly shields from discovery matters protected by legally applicable privileges, nothing in §1782(a)’s text limits a district

Segundo o entendimento adotado pela Suprema Corte naquele caso, “[a]pesar de preocupações relacionadas à cortesia e à paridade poderem ser fatores legítimos para o exercício da discricionariedade das cortes distritais em casos particulares, eles não garantem a construção do texto do § 182 (a) para incluir uma regra genericamente aplicável exigindo a admissibilidade estrangeira de produção [da prova]”.⁷¹ Há, contudo, precedentes recentes aplicando interpretação distinta, nos quais se concluiu que a proteção concedida pelo §1782(a) também se estenderia a “*privilégios reconhecidos pela legislação estrangeira*”.⁷²

A despeito disso, nos casos em que se admite a possibilidade de normas estrangeiras relacionadas a privilégios que impeçam a produção de determinadas provas serem consideradas no juízo de admissibilidade de pedidos de *discovery*, justamente em função da dificuldade de avaliação de conceitos jurídicos alienígenas, a jurisprudência americana parece ser pacífica ao exigir significativa cautela na verificação da existência de tais restrições. Até porque se leva em consideração que, mesmo que sejam obtidas provas em violação à legislação estrangeira, “*uma vez recebidas, o tribunal estrangeiro sempre pode limitar a admissibilidade de evidências*”.⁷³

Nesse sentido, como consignado no julgamento do já mencionado caso *Ecuadorian Plaintiffs v. Chevron Corp.*, considera-se que, “*para evitar incursões especulativas em territórios jurídicos não familiares aos juízes federais [americanos], as partes devem fornecer provas abalizadas de que um tribunal estrangeiro rejeitaria as provas devido à violação de um suposto privilégio legal estrangeiro*”.⁷⁴ Ainda que requisito possa ser preenchido em alguns casos mediante a apresentação de uma declaração juramentada ou depoimento de profissional ou autoridade com conhecimento acerca do direito estrangeiro,⁷⁵ isso nem sempre é suficiente. No caso em referência, por exemplo, não foi acolhida a alegação de que as provas requeridas não seriam admitidas no procedimento estrangeiro para o qual se pretendia obtê-las, apesar de ter sido apresentada uma declaração de um advogado equatoriano nesse sentido, uma vez que “*os demandantes (...) não apontaram nenhuma declaração judicial, executiva ou legislativa que*

court's production-order authority to materials discoverable in the foreign jurisdiction if located there.” (Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc., 542 U.S. 241 (2004))

⁷¹ Tradução livre do original: “While comity and parity concerns may be legitimate touchstones for a district court’s exercise of discretion in particular cases, they do not warrant construction of §1782(a)’s text to include a generally applicable foreign-discoverability rule” (Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc., 542 U.S. 241 (2004))

⁷² Tradução livre do original: “(...) privileges recognized by foreign law.” (*Ecuadorian Plaintiffs v. Chevron Corp.*, 619 F.3d 373, 377 (5th Cir. 2010))

⁷³ Tradução livre do original: “foreign tribunal could always limit admissibility of evidence once received” (Minis v. Thomson, No. 14-91050-DJC, 2014 WL 1599947)

⁷⁴ Tradução livre do original: “(...) to avoid speculative forays into legal territories unfamiliar to federal judges, parties must provide authoritative proof that a foreign tribunal would reject evidence because of a violation of an alleged foreign privilege.” (*Ecuadorian Plaintiffs v. Chevron Corp.*, 619 F.3d 373, 377 (5th Cir. 2010))

⁷⁵ *NML Cap., Ltd. v. Republic of Argentina*, No. 03-8845, 2013 WL 491522, (S.D.N.Y. Feb. 8, 2013).

claramente demonstrasse que a concessão do discovery ofenderia as normas processuais equatorianas”.⁷⁶

Não sendo demonstrado que a prova que se pretende produzir por meio de *discovery* não seria admitida no procedimento estrangeiro em que se pretende utilizá-la por violar privilégio legal estrangeiro, tal verificação deverá ser feita a partir da *lex fori* – i. e., a partir do conceito de privilégio legal previsto na legislação americana, por ser o foro no qual o *discovery* é processado.⁷⁷

A relevância de tal requisito à presente análise, portanto, decorre do fato de que a concessão do pedido de *discovery* formulado com base no 28 U.S.C. § 1782 que vise a obtenção de provas para utilização em procedimento em trâmite no Brasil dificilmente levará em conta os conceitos previstos na legislação nacional possivelmente aplicáveis à avaliação de sua admissibilidade, justamente em razão, como se verá mais à frente, da falta de análise do tema dentro do direito pátrio e da relatividade das restrições impostas pelas normas constitucionais e processuais brasileiras.

Essa alta probabilidade é reforçada inclusive pelo entendimento da jurisprudência das cortes americanas no sentido de que “[a] receptividade de um tribunal estrangeiro à assistência judicial das cortes federais dos EUA pode ser inferida a partir de sua aprovação aos tratados que promovem tal cooperação”.⁷⁸ Sendo assim, o fato de o Brasil ser signatário da Convenção de Haia sobre Provas, tal como os Estados Unidos, torna ainda mais improvável que eventuais alegações acerca da não receptividade de provas pelo Judiciário brasileiro, salvo em casos gritantes, impliquem o indeferimento do pedido de *discovery*.

3.2.2.2. Participação da parte requerida no procedimento estrangeiro

A jurisprudência considera, ainda, que as cortes americanas podem levar em consideração se a parte contra a qual o pedido de *discovery* é formulado também é parte no procedimento no qual a prova produzida será utilizada. Traçando um paralelo com um conceito muito presente no direito processual brasileiro, tal entendimento parece sugerir a necessidade de que seja verificada

⁷⁶ Tradução livre do original: “plaintiffs (...) have not pointed to any judicial, executive or legislative declaration that clearly demonstrates that allowing discovery in this case would offend Ecuadorian judicial norms.” (*Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.*, 542 U.S. 241 (2004))

⁷⁷ “Na ausência de prova suficiente para estabelecer com razoável certeza a substância dos princípios de direito estrangeiros, a visão moderna é que a lei do foro deve ser aplicada.” (*Banco de Crédito Indus., S.A. v. Tesoreria Gen. de la*, 990 F.2d 827, 836 (5th Cir. 1993)). Tradução livre do original: “[I]n the absence of sufficient proof to establish with reasonable certainty the substance of the foreign principles of law, the modern view is that the law of the forum should be applied.”

⁷⁸ Tradução livre do original: “[T]he receptivity of a foreign court to U.S. federal judicial assistance may be inferred from its assent to treaties that promote such cooperation.” (In re Application for Discovery for Use in Foreign Proceeding Pursuant to 28 U.S.C. § 1782, No. CV 17-4269-KM-JBC, 2019 WL 168828, at *10 (D.N.J. Jan. 10, 2019))

a existência de interesse de agir da parte requerente por meio da apuração da presença do binômio da necessidade/utilidade da prestação jurisdicional requerida.

A Suprema Corte ressalta justamente que tal fator é relevante para o exercício da discricionariedade acerca do deferimento da produção da prova, uma vez que “*quando a pessoa de quem se requer o discovery é parte no procedimento estrangeiro (...), a necessidade do remédio previsto no § 1782(a) geralmente não é tão aparente quanto quando são buscadas provas de uma não participante na questão levantada no exterior*”.⁷⁹ Isso porque, nessa hipótese, o próprio tribunal estrangeiro poderia determinar a produção das provas pleiteadas, ao passo que, caso a parte demandada não participe do procedimento estrangeiro, pode se tornar impossível a obtenção de tais evidências sem a concessão do *discovery*.⁸⁰

Conquanto seja um fator a ser considerado, nota-se que tal restrição por vezes é adotada de forma mais amena em prol do deferimento dos pedidos de *discovery*. No caso *Lopes v. Lopes*,⁸¹ por exemplo, um ex-marido buscava o indeferimento da exibição de documentos bancários relacionados à sua situação patrimonial nos Estados Unidos que seriam utilizados por sua ex-esposa em processo de divórcio que tramitava perante o Judiciário brasileiro. Segundo o ex-marido, o pedido deveria ser indeferido, com base na jurisprudência da Suprema Corte mencionada acima, pois ele também era parte no processo de divórcio e, portanto, o próprio juízo brasileiro poderia determinar a exibição dos documentos buscados. A *U.S. Court of Appeals*, no entanto, considerou que a “*pessoa de quem se busca o discovery*” era a “*pessoa ou entidade fora da jurisdição do tribunal estrangeiro*”, que, naquele caso, seriam os bancos nos quais o ex-marido tinha ativos, e não o próprio ex-marido.⁸²

Ressalte-se ainda que, a despeito de os precedentes analisados não entrarem diretamente nesse mérito, nos parece que tal ponderação é relevante inclusive para que avaliação do próximo

⁷⁹ Tradução livre do original: “[W]hen the person from whom discovery is sought is a participant in the foreign proceeding (...), the need for § 1782(a) aid generally is not as apparent as it ordinarily is when evidence is sought from a nonparticipant in the matter arising abroad”. (*Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.*, 542 U.S. 241 (2004))

⁸⁰ “Um tribunal estrangeiro tem jurisdição sobre aqueles que litigam perante ele e pode ele próprio determinar que produzam provas. Em contraste, não participantes em um procedimento estrangeiro podem estar fora do alcance da jurisdição do tribunal estrangeiro; então, suas evidências disponíveis nos Estados Unidos podem ser inalcançáveis sem o remédio previsto no §1782(a)” (*Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.*, 542 U.S. 241 (2004)). Tradução livre do original: “A foreign tribunal has jurisdiction over those appearing before it, and can itself order them to produce evidence. In contrast, nonparticipants in foreign proceedings may be outside the foreign tribunal’s jurisdictional reach; thus, their evidence, available in the United States, may be unobtainable absent §1782(a) aid.”

⁸¹ *Lopes v. Lopes*, 180 Fed.Appx. 874 (2006).

⁸² “Essa frase da Intel deixa claro que a ‘pessoa de quem se busca o discovery’ deve, portanto, ser uma pessoa ou entidade fora da jurisdição do tribunal estrangeiro, o que os bancos de Miami claramente são.” (*Lopes v. Lopes*, 180 Fed.Appx. 874 (2006)). Tradução livre do original: “That phrase from Intel makes clear that the ‘person from whom discovery is sought’ must therefore be a person or entity outside of the jurisdiction of the foreign tribunal, which the Miami banks in this case clearly are”.

fator a ser considerado, referente à possibilidade de que o requerimento de *discovery* seja utilizado para burlar restrições legais estrangeiras. Logicamente, caso a parte contra a qual é formulado o *discovery* é pleiteado já esteja sujeita à jurisdição do tribunal ou autoridade estrangeira, não seria necessário um segundo procedimento para obtenção da prova buscada, o que poderia indicar que o remédio previsto no 28 U.S.C. § 1782 poderia estar sendo usado como subterfúgio para restrições legais ao deferimento do pedido aplicáveis na outra jurisdição.

3.2.2.3. Utilização do *discovery* para contornar restrições legais estrangeiras

Como se introduziu no item anterior, outro fator a ser considerado pelas cortes distritais no exercício de seu poder discricionário consiste na possibilidade de a parte requerente estar utilizando o pedido de *discovery* formulado com base no 28 U.S.C. § 1782 para contornar restrições legais estrangeiras à produção da prova pleiteada.⁸³

Sobre o tema, conquanto se considere que os requerentes “*não precisam demonstrar que as informações que eles buscam seriam obtíveis (ou admissíveis) no litígio [estrangeiro]*”,⁸⁴ a jurisprudência americana ressalta que a determinação da possibilidade de obtenção das provas requeridas perante a autoridade estrangeira é um fator relevante para se concluir se uma parte está tentando utilizar o *discovery* como subterfúgio.⁸⁵

Essa questão tem significativa importância à análise da utilização do mecanismo previsto no 28 U.S.C. § 1782 para obtenção de provas voltadas à instrução de processos no Brasil, uma vez que, como já se introduziu e se verá mais à frente, o *discovery* permite uma produção probatória consideravelmente mais ampla do que a admitida pelo direito processual brasileiro. Diante disso, seria possível que uma parte tentasse utilizar esse remédio para burlar restrições à exibição de documentos e à obtenção de informações impostas pelo ordenamento pátrio.

A título de exemplo, sabe-se que um dos obstáculos à produção de provas previstas no CPC é o previsto no seu art. 399, II, segundo o qual não se admitirá a recusa ao cumprimento de

⁸³ “Especificamente, uma corte distrital pode considerar se a solicitação §1782 (a) esconde uma tentativa de contornar os limites de coleta de provas estrangeiros ou outras políticas de um país estrangeiro ou dos Estados Unidos”. (Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc., 542 U.S. 241 (2004)). Tradução livre do original: “Specifically, a district court could consider whether the §1782(a) request conceals an attempt to circumvent foreign proofgathering limits or other policies of a foreign country or the United States”.

⁸⁴ Tradução livre do original: “Petitioners are not required to show that the information they seek would be discoverable (or admissible) in the Tanzanian litigation” (Minis v. Thomson, No. 14-91050-DJC, 2014 WL 1599947).

⁸⁵ “(...) uma determinação da possibilidade de exibição segundo as leis da jurisdição estrangeira é uma ferramenta útil no exercício da discricionariedade prevista na seção 1782” (RSM Prod. Corp. v. Noble Energy, Inc., 195 F. Supp. 3d 899, 906 (S.D. Tex. 2016)). Tradução livre do original: “(...) a determination of discoverability under the laws of the foreign jurisdiction is a useful tool in the exercise of discretion under section 1782”.

determinação de exibição apenas se “*o documento, por seu conteúdo, for comum às partes*”.⁸⁶ O conceito de “*documento comum*” é caracterizado, pela corrente doutrinária mais restritiva, pelo seu conteúdo, “*que deve dizer respeito à relação jurídica comum a ambas as partes (requerente e requeridos da exibição)*”.⁸⁷ Outra parte da doutrina, pelo que verificamos, minoritária, adota conceito mais ampliativo, entendendo que o caráter “comum” do documento é verificado pelo fato “*de ter o requerente que pretende vê-lo exibido interesse comum em seu conteúdo*”.⁸⁸ Qualquer desses entendimentos que se adote, é evidente que a obtenção de um documento perante o judiciário brasileiro está sujeita a um relevante grau de escrutínio e subjetividade, havendo relevante margem para resistência à exibição.

No *discovery*, por outro lado, conforme será detalhado mais abaixo, são pouquíssimas as hipóteses em que se admite a recusa de exibição de documentos, bastando, para que se exija a produção de uma prova, que ela tenha alguma relação com as alegações da parte requerente e não seja protegida por privilégio legal. Nesse cenário, seria possível que o *discovery* fosse utilizado como manobra para permitir a obtenção de um documento “não comum” cuja exibição talvez não fosse deferida segundo as normas processuais brasileiras.

De todo modo, essa avaliação deve ser feita com base nas particularidades de cada caso, uma vez que o simples fato de uma prova buscada por meio de *discovery* não poder ser produzida na jurisdição em que se pretende utilizá-la “*não sugere, por si só, que o pedido baseado na Seção 1782 é uma tentativa de burlar restrições estrangeiras à obtenção de provas*”.⁸⁹

3.3. Procedimento e abrangência do *discovery*

Considerando que o intuito do presente trabalho é analisar, à luz da legislação processual brasileira, o *discovery* como mecanismo voltado à obtenção de provas nos Estados Unidos para serem utilizadas em processos em trâmite no Brasil, e não a avaliação detalhada do instituto em si, não se fará uma descrição minuciosa acerca do procedimento para a obtenção de provas com base no 28 U.S.C. § 1782 em si. Ao invés disso, será feito apenas um panorama geral do

⁸⁶ “Art. 396. O juiz pode ordenar que a parte exiba documento ou coisa que se encontre em seu poder. (...)”

Art. 399. O juiz não admitirá a recusa se: (...)

III - o documento, por seu conteúdo, for comum às partes.”

⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz (coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil*: artigos 381 ao 484. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pp. 190/191.

⁸⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de Processo Civil*. Vol. 3. Processo Cautelar. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 280.

⁸⁹ Tradução livre do original: “(...) does not, by itself, suggest that [CMPC’s] Section 1782 application is an attempt to circumvent foreign proof-gathering restrictions.” (LEG Q LLC v. RSR Corp., No. 3:17-CV-1559-N-BN, 2017 WL 3780213, at *10 (N.D. Tex. Aug. 31, 2017))

procedimento, destacando os seus aspectos principais, com enfoque naqueles relevantes à sua utilização como mecanismo auxiliar ao processo civil brasileiro, ou, como será visto no próximo capítulo, ao exercício do direito autônomo à prova).

Como já se introduziu, o 28 U.S.C. § 1782 consiste em um mecanismo que permite a obtenção de provas para utilização em procedimento em trâmite perante um tribunal estrangeiro ou internacional. Tal procedimento deverá ser processado perante a Corte Federal do distrito em que a pessoa ou entidade demandada reside, é sediada ou se encontra no momento da apresentação do requerimento, sendo iniciado mediante a apresentação de pedido de *discovery* pela parte interessada ou então por meio da expedição de carta rogatória direcionada ao Judiciário americano.⁹⁰

O 28 U.S.C. § 1782, contudo, não dispõe acerca das regras específicas a serem adotadas para produção das provas, de modo que, salvo se estipulado de forma distinta no pedido ou na carta rogatória, deverão ser aplicadas as normas previstas no Título V das *Federal Rules of Civil Procedure* – aplicável aos pedidos de *discovery* formulados em âmbito federal e na justiça dos estados que as adotam de forma integral ou suplementar ao regramento local –, aliadas às determinações específicas do juiz competente para analisá-lo.⁹¹

Em função da natureza do *discovery*, o juiz competente – e as próprias *Federal Rules of Civil Procedure* – apenas estipulam regras gerais relacionadas à sua condução, além de apreciar eventuais pedidos ou insurgências específicas das partes após a sua concessão e ao longo da produção das provas requeridas. Isso porque o *discovery* tem caráter significativamente colaborativo, sendo conduzido, em sua grande maioria, pelos próprios advogados das partes, dentro da delimitação das provas cuja produção foi deferida e de eventuais questões procedimentais fixadas pelo juízo. O juiz, então, apenas analisa, ao receber o pedido de *discovery*, o preenchimento dos requisitos legais e os fatores relevantes ao exercício de seu poder

⁹⁰ “§ 1782 - (a) A corte distrital do distrito em que uma pessoa residir ou se encontrar pode determinar que ela dê o seu testemunho ou declaração, ou produza um documento ou outra coisa para ser utilizada em um procedimento em um tribunal estrangeiro ou internacional, incluindo investigações criminais conduzidas antes da acusação formal. A ordem pode ser feita mediante carta rogatória emitida, ou pedido feito por um tribunal estrangeiro ou internacional ou a pedido de qualquer pessoa interessada”. Tradução livre do original: “§ 1782 - (a) The district court of the district in which a person resides or is found may order him to give his testimony or statement or to produce a document or other thing for use in a proceeding in a foreign or international tribunal, including criminal investigations conducted before formal accusation. The order may be made pursuant to a letter rogatory issued, or request made, by a foreign or international tribunal or upon the application of any interested person”.

⁹¹ “§ 1782 - (a) (...) Na medida em que a determinação não prescreva o contrário, o depoimento ou declaração será tomado, e o documento ou outra coisa produzida, de acordo com as Federal Rules of Civil Procedure.” Tradução livre do original: “§ 1782 - (a) (...) To the extent that the order does not prescribe otherwise, the testimony or statement shall be taken, and the document or other thing produced, in accordance with the Federal Rules of Civil Procedure.”

discrecionário – conforme detalhado acima –, deferindo, indeferindo, ou limitando o escopo do *discovery* pleiteado.

A título de exemplo, a partir da concessão do pedido do *discovery*, salvo determinação em sentido contrário, em sendo deferida a colheita de depoimentos pessoais, são os próprios advogados da parte requerente que encaminham, sem supervisão do juiz, comunicação aos advogados da parte requerida especificando data e local para tanto.⁹² Da mesma forma, os documentos fornecidos em atenção a pedidos de *discovery* são sempre enviados diretamente aos advogados da contraparte, não sendo, via de regra, juntados nos autos do processo em si.

As *Federal Rules of Civil Procedure*, em sua Regra 29, são expressas nesse sentido ao dispor que as partes podem estipular que “*um depoimento pode ser colhido perante qualquer pessoa [e] em qualquer hora ou lugar*”,⁹³ bem como acordar que “*outros procedimentos regendo ou limitando o discovery sejam modificados*”.⁹⁴ A própria doutrina brasileira já teve a oportunidade de analisar esse aspecto, destacando que “[o] interessante do sistema do Discovery é que: a colheita das provas (evidence) é feita diretamente pelas partes em que uma pode solicitar diretamente à outra (...) informações, documentos, depoimento pessoal ou inquirição de determinada testemunha”.⁹⁵

O juiz, no entanto, não fica completamente alheio após a concessão do *discovery*, podendo apreciar pedidos específicos apresentados pelas partes ao longo da produção das provas requeridas. Permite-se, por exemplo, que o requerente formule o chamado *motion to compel*,⁹⁶ que consiste em um pedido para que o requerido seja obrigado a entregar os documentos solicitados, em caso de resistência ou recusa. A parte requerida, por sua vez, pode apresentar uma *motion to quash* –

⁹² HAZARD, Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure: An introduction*. New Haven: Yale University Press, 1993, pp. 114/115.

⁹³ Tradução livre do original: “a deposition may be taken before any person, at any time or place”.

⁹⁴ Tradução livre do original: “other procedures governing or limiting discovery be modified”.

⁹⁵ CARVALHO, Nathália Gonçalves de Macedo. “Introdução ao *Federal Rules of Evidence* e os pontos de encontro com o CPC 15”. In: DIDIER JR., Fredie (coord. Geral); JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (coords.). *Grandes Temas do NCPC: Direito Probatório*. V. 5. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018. pp. 1196.

⁹⁶ “Regra 37 (...) (3) Pedidos Específicos. (A) To Compel Disclosure. Se uma parte deixar de fazer a divulgação exigida pela Regra 26 (a), qualquer outra parte poderá exigir a divulgação e as sanções apropriadas”. Tradução livre do original: “Rule 37 (...) (3) Specific Motions. (A) To Compel Disclosure. If a party fails to make a disclosure required by Rule 26(a), any other party may move to compel disclosure and for appropriate sanctions.

recurso contra decisão que determina a produção de provas —⁹⁷ ou *motions for protective orders* — pedidos de imposição de restrições às provas a serem produzidas.⁹⁸

Além disso, o 28 U.S.C. § 1782 expressamente permite que o juiz competente determine, de ofício ou em atenção ao requerimento ou carta rogatória a ser cumprido, que a produção de provas (documental ou oral) seja realizada perante uma pessoa designada pelo juízo, a qual terá poderes para tomar qualquer depoimento ou declaração sob juramento.⁹⁹

Ademais, ao contrário da produção regida pelo Processo Civil brasileiro, as provas a serem obtidas em sede de *discovery* estão sujeitas a poucas limitações, sendo a amplitude do mecanismo uma de suas características mais marcantes. Nesse sentido, as *Federal Rules of Civil Procedure* dispõem que “[a]s partes podem obter *discovery* sobre qualquer questão não privilegiada que seja relevante para o pedido ou a defesa de qualquer parte e proporcional às necessidades do caso”.¹⁰⁰ A redação do 28 U.S.C. § 1782 é igualmente genérica, dispondo apenas que “[u]ma pessoa não pode ser obrigada a dar seu testemunho ou declaração ou a produzir um documento ou outra coisa que viole qualquer privilégio legalmente aplicável”¹⁰¹ — regra essa que também está prevista nas *Federal Rules of Civil Procedure*. Respeitados esses (poucos) limites, não há restrição com relação à natureza dos documentos e das informações que podem ser produzidas, no que se incluem desde os documentos comuns às partes — como contratos entre elas celebrados —, até aqueles inequivocamente particulares — como comunicações eletrônicas (hipótese essa que será objeto de análise mais à frente).

⁹⁷ “Regra 45 (...) (d) (...) (3) (...) (A) Quando necessário. Em uma ação oportuna, o tribunal do distrito onde o cumprimento é exigido deve anular ou modificar uma intimação que: (...) (B) Quando permitido. Para proteger uma pessoa sujeita a ou afetada por uma intimação, o tribunal do distrito onde o cumprimento é exigido pode, em pedido, anular ou modificar a intimação se exigir: (...)”. Tradução livre do original: “Rule 45 (...) (d) (...) (3) (...) (A) When Required. On timely motion, the court for the district where compliance is required must quash or modify a subpoena that (...). (B) When Permitted. To protect a person subject to or affected by a subpoena, the court for the district where compliance is required may, on motion, quash or modify the subpoena if it requires: (...)”.

⁹⁸ “Regra 26 (...) (c) Protective Orders. (1) (...) Uma parte ou qualquer pessoa de quem a descoberta é solicitada pode mover para uma ordem de proteção no tribunal onde a ação está pendente (...) O tribunal pode, por justa causa, emitir uma ordem para proteger uma parte ou pessoa de aborrecimento, constrangimento, opressão ou encargo ou despesa indevida”. Tradução livre do original: “Rule 26 (...) (c) Protective Orders. (1) (...) A party or any person from whom discovery is sought may move for a protective order in the court where the action is pending (...) The court may, for good cause, issue an order to protect a party or person from annoyance, embarrassment, oppression, or undue burden or expense”.

⁹⁹ “§ 1782 - (a) (...) A ordem (...) pode ordenar que o depoimento ou declaração seja dado, ou o documento ou outra coisa seja produzido, perante uma pessoa designada pelo tribunal. Em virtude de sua nomeação, a pessoa nomeada tem poderes para administrar qualquer juramento necessário e tomar o depoimento ou declaração.”. Tradução livre do original: “§ 1782 - (a) (...) The order (...) may direct that the testimony or statement be given, or the document or other thing be produced, before a person appointed by the court. By virtue of his appointment, the person appointed has power to administer any necessary oath and take the testimony or statement.”.

¹⁰⁰ Tradução livre do original: “Parties may obtain discovery regarding any nonprivileged matter that is relevant to any party's claim or defense and proportional to the needs of the case”.

¹⁰¹ Tradução livre do original: “A person may not be compelled to give his testimony or statement or to produce a document or other thing in violation of any legally applicable privilege.”.

Em outras palavras, a produção de uma prova por meio de *discovery*, ao que importa ao presente trabalho, independentemente de sua natureza, é limitada apenas pela necessidade de que ela seja relevante aos pedidos da parte requerente, seja proporcional às necessidades do caso e não esteja sujeita a privilégios legais, sendo autorizado que categorias genéricas de documentos sejam solicitadas e integralmente produzidas, com a exibição de centenas de documentos. Para ilustrar a amplitude da produção de provas admitida, destaque-se a decisão da Suprema Corte no caso *Kerr v. United States*, por meio da qual foi mantida a determinação da exibição de centenas de documentos, relacionados a apenas duas classes genéricas elencadas no pedido de *discovery*.

A única distinção de amplitude entre o mecanismo de *discovery* ora analisado e aquele realizado no processo civil americano em sede de *pre-trial* consiste na restrição, imposta pelo 28 U.S.C. § 1782, à determinação de que “depoimento ou declaração seja dado, ou o documento ou outra coisa seja produzido”, o que exclui alguns poucos meios de produção de prova previstos nas *Federal Rules*.¹⁰² Sobre o tema, uma das Cortes Distritais de Nova Iorque considerou que o pedido de *discovery* formulado com base no 28 U.S.C. § 1782 não admitia a produção de provas por meio de *interrogatories* – método para colheita de declaração escrita sob juramento de uma parte por meio da apresentação de respostas a uma lista curta de perguntas – e de *requests for admission* – mecanismo no qual uma parte pode pedir que a outra admita ou negue, sob juramento, determinadas afirmações.¹⁰³

O procedimento de *discovery* fundado no 28 U.S.C. § 1782, portanto, permite, a produção de provas por meio de um procedimento majoritariamente coordenado em conjunto pelas partes e com baixa ou nenhuma supervisão pelo juiz competente para conceder a medida, ressalvada a possibilidade de apresentação de pedidos e recursos incidentais. Nele, permite-se a obtenção de quaisquer elementos relacionados com os pleitos da parte requerente, desde que seja proporcional às necessidades do caso e não esteja sujeito a sigilo imposto por privilégio legal. Admite-se, assim, desde a colheita de depoimentos sem supervisão direta do juízo, até a produção de documentos das mais variadas naturezas, incluindo, mas não se limitando a, contratos, estudos, comunicações, entre outros.

¹⁰² ELUL, Hagit Muriel. MOSQUERA, Rebeca E. *Chapter 17: 28 U.S.C. Section 1782: U.S. Discovery in Aid of International Arbitration Proceedings*. In: Laurence Shore, Tai-Heng Cheng, et al., *International Arbitration in the United States*, pp. 393 - 412, Hague: Kluwer Law International, 2017, pp 399/400.

¹⁰³ In re *Ishihara Chem. Co., Ltd.*, 121 F. Supp. 2d at 224.

4. O *DISCOVERY* COMO MECANISMO DE PRODUÇÃO DE PROVAS NOS ESTADOS UNIDOS PARA INSTRUÇÃO DE PROCESSOS NO BRASIL

Tendo sido demonstradas as falhas dos meios de produção de provas no exterior já expressamente admitidos na legislação nacional, e expostos os principais contornos do mecanismo previsto no 28 U.S.C. § 1782, resta explorar as questões mais relevantes relacionadas à possibilidade e a conveniência da utilização do referido mecanismo como forma de produção de provas nos Estados Unidos para instruir processos em trâmite no Brasil, à luz das normas do direito processual e das matérias de ordem pública previstas no ordenamento brasileiro.

4.1. Direito autônomo à produção de provas e o *discovery*

A extensão do direito à prova nem sempre foi aquela que lhe é dada atualmente, tendo por muito tempo sido considerado que a relação entre a produção de provas e a atividade processual seria meramente instrumental, de forma que os elementos probatórios se prestariam apenas a permitir um pronunciamento jurisdicional sobre determinado direito material controvertido.

Hoje, no entanto, se reconhece que a produção de provas não é apenas uma ferramenta voltada ao convencimento do juiz em relação a uma questão controvertida, mas sim um direito autônomo, com diversas implicações práticas na prestação jurisdicional. Nesse sentido, o Prof. Flávio Luiz Yarshell bem destaca em sua obra acerca do tema que, *“a esta altura do desenvolvimento científico do direito processual, não paira mais qualquer dúvida quanto à existência do que tradicionalmente se tem denominado de direito à prova, entendido como desdobramento necessário dos direitos de ação e de defesa, no contexto do devido processo legal e do contraditório”*.¹⁰⁴

Em verdade, tal conclusão é mera consequência lógica da antiga ideia desse direito como sendo apenas uma prerrogativa para que as partes possam utilizar todos os meios de prova admitidos para sustentar suas alegações em um litígio. Isso porque essa prerrogativa seria praticamente irrelevante se não fosse acompanhada do reconhecimento de que as partes têm o direito de, antes de utilizar todos os meios de provas, adquiri-las por todos os meios admitidos.¹⁰⁵

O direito autônomo à prova, portanto, no que se relaciona com este trabalho, pode ser definido como a prerrogativa das partes de produzirem provas de forma desvinculada a um

¹⁰⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 207/208.

¹⁰⁵ ALEXANDRE, Isabel. Provas Ilícitas em Processo Civil. Coimbra: Almedina, 1998, p. 70.

julgamento de mérito, podendo ser exercido “apesar do convencimento do juiz ou independentemente de haver algum convencimento a ser formado”.¹⁰⁶

Um aspecto importante do direito autônomo à prova consiste nos efeitos práticos do seu impacto no convencimento das partes, tendo em vista que a obtenção de elementos probatórios de forma independente do posicionamento do julgador pode servir como guia para: (i) “*um ingresso mais seguro e responsável em juízo*”; ou (ii) “*a superação da controvérsia mediante soluções de autocomposição*”.¹⁰⁷

À luz desses efeitos, a necessidade de promoção do direito autônomo à prova é, hoje, amplamente reconhecida no Brasil, tendo sido inclusive consubstanciada no instituto da produção antecipada de provas prevista no art. 381 do CPC, segundo o qual a antecipação da prova é admitida, além dos casos em que há urgência (inciso I), quando a sua obtenção puder justificar ou evitar o ajuizamento de ação (inciso II), ou viabilizar autocomposição (inciso III).¹⁰⁸

O primeiro efeito prático do direito autônomo à prova, mencionado acima, decorre do fato de ele se relacionar “*não apenas (...) ao convencimento do juiz, mas também dos interessados, na medida em que propicia elementos que autorizam o ingresso em juízo ou que podem evitá-lo*”,¹⁰⁹ pelo que ele abrange, além da possibilidade da busca por elementos probatórios específicos, “*o que se possa chamar de um direito à investigação*”.¹¹⁰

Com efeito, o direito autônomo à prova vai além da restrição imposta pelo art. 370, do CPC, segundo o qual cabe apenas aos magistrados “*determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito*” e, portanto, que deverão ser produzidas. Ao invés disso, ele permite que as próprias partes realizem, em busca de elementos pertinentes a seus direitos e de forma independente de eventual pronunciamento de mérito a eles relacionado, suas próprias “*investigações*”, mediante a apresentação, em juízo, de requerimentos de produção autônoma de provas, ou, salvo quando vedado por lei, por meio de incursões particulares.

¹⁰⁶ LESSA NETO, João Luiz. Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra. Londrina: Toth, 2021, p. 265. No mesmo sentido, o Prof. Flávio Luiz Yarshell pondera que “as prerrogativas de buscar e de obter a prova (...) não estão necessariamente vinculadas à declaração do direito dirigida a uma dada relação de direito material.” (Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 209).

¹⁰⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 304.

¹⁰⁸ “Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que: (...)

II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito;

III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.”

¹⁰⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 212.

¹¹⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 211.

O segundo efeito buscado pela promoção do exercício do autônomo à prova, por sua vez, tem especial participação no chamado “*modelo processual multiportas*”, que, como definido por João Luiz Lessa Neto, consiste na divisão do processo em duas etapas: na primeira, as partes tentariam solucionar a controvérsia de forma consensual; e, apenas se não fosse possível fazê-lo, passar-se-ia à segunda, na qual a demanda seria efetivamente apreciada.¹¹¹

Parece-nos que o modelo multiportas não demanda a adoção de um processo formal e estanque no qual se passaria por essas duas fases, mas apenas que o ordenamento permitisse a obtenção, antes do julgamento de uma demanda – ou até mesmo de sua instauração –, de elementos que fomentasse a sua solução consensual. É aqui que há a influência do direito autônomo à prova, tendo em vista que mecanismos que possibilitam o seu exercício “*podem ser utilizad[os] como (...) ferramentas de resolução consensual de disputas, permitindo a avaliação retrospectiva de eventos e a manutenção dinâmico-progressiva de relações jurídicas*”.¹¹²⁻¹¹³

Essas conclusões demonstram a relação do *discovery* com o direito autônomo à prova. Como descrito pelo Prof. Flávio Luiz Yarshell, a produção de prova feita por meio dele fica “*essencialmente a cargo das partes, que, ao mesmo tempo em que figuram como seus principais protagonistas, também são verdadeiros destinatários*”.¹¹⁴ Também por isso, o mecanismo ora analisado assume relevante papel nos casos em que há elementos relacionados às pretensões das partes que precisariam ser obtidos no exterior – os quais são cada vez mais frequentes, ante o amplo crescimento de litígios transnacionais.¹¹⁵ Isso, dado que o 28 U.S.C. § 1782 permite a concretização do direito autônomo à prova em situações como essas, nas quais frequentemente se torna impossível, dispendioso ou até mesmo inútil tentar exercê-lo.

O *discovery* voltado à obtenção de provas nos Estados Unidos para instruir processos em trâmite perante o Judiciário brasileiro tem os mesmos efeitos de outros meios de exercício do direito autônomo à prova na formação do convencimento das partes dos litígios nos quais se poderia utilizá-lo, demonstrando, como reconhecido pelo Prof. Flávio Luiz Yarshell, o grande

¹¹¹ LESSA NETO, João Luiz. Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra. Londrina: Toth, 2021, p. 271.

¹¹² LESSA NETO, João Luiz. Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra. Londrina: Toth, 2021, p. 274.

¹¹³ YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 405.

¹¹⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 263.

¹¹⁵ “Para o Direito Probatório isso tudo significa uma necessidade de coleta de provas em diversos países. Com a pluriconexão do conflito com vários ordenamentos jurídicos e a interação entre técnicas e meios de resolução de disputas, surge uma nova dinâmica de interação cooperativa em matéria de produção de provas” (LESSA NETO, João Luiz. Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra. Londrina: Toth, 2021, p. 288.)

desenvolvimento “[d]a ideia de investigação acessível ao ente privado” nos países de *common law*.¹¹⁶

Assim, tal mecanismo confere, com a desvinculação da obtenção de provas a decisões proferidas pelo Judiciário nacional, maior efetividade à prestação jurisdicional por possibilitar que as partes, com uma maior compreensão dos elementos relacionados aos seus direitos: (i) desistam de defendê-los; ou (ii) os apresentem em juízo de forma mais bem fundamentada. Nessa linha, Nathália Gonçalves Carvalho ressalta que “[a] grande vantagem do *Discovery* é a possibilidade de produção da prova antes da estabilização da demanda, ou seja, o procedimento oportuniza as partes a primeiro investigarem se há ou não comprovação do direito que se pretende tutelar na lide, para somente aí decidir se há vantagem em seguir para o julgamento”.¹¹⁷⁻¹¹⁸

O *discovery* é também uma importante ferramenta ao funcionamento do sistema multiportas no processo civil anglo-saxão – o que é estendido às demandas transnacionais nas quais é necessária a produção de provas nos Estados Unidos, a partir da aplicação do 28 U.S.C. § 1782. Isso é ilustrado pelo fato de haver uma predominância de resolução consensual nos Estados Unidos e na Inglaterra, sendo significativamente menor o número de demandas que são efetivamente resolvidas pelo Judiciário desses países.¹¹⁹

Conquanto seja inequívoco, o direito autônomo à prova, como se poderia presumir, não é irrestrito. Primeiro, pois “a ligação da prova a uma afirmada situação de direito material - atual ou ao menos potencialmente controvertida - é imprescindível”¹²⁰ à existência do direito autônomo à prova apto a justificar a sua obtenção. E segundo, pois o reconhecimento da possibilidade de a própria parte realizar investigações privadas em busca de elementos relacionados ao seu direito material não faz com que se possa recorrer a qualquer meio possível apenas por não estar sujeita às normas processuais relacionadas à produção de provas. Ao contrário, incursões particulares

¹¹⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 211.

¹¹⁷ CARVALHO, Nathália Gonçalves de Macedo. Introdução ao *Federal Rules of Evidence* e os pontos de encontro com o CPC 15. In: DIDIER JR., Fredie (coord. Geral); JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (coords.). *Grandes Temas do NCPC: Direito Probatório*. V. 5. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018. pp. 1196.

¹¹⁸ Esclareça-se que, apesar de se referirem ao *discovery* como etapa da fase de *pre-trial* do processo civil americano – após a qual as partes podem abrir mão de suas pretensões –, essas ponderações são igualmente aplicáveis ao mecanismo ora analisado, uma vez que o processo para o qual as provas buscadas com base no § 1782 não precisa já ter sido ajuizado, devendo apenas, como sedimentado pela Suprema Corte, “*estar dentro de uma contemplação razoável*”. Tradução livre do original: “*must be within reasonable contemplation*” (*Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.*, 542 U.S. 241 (2004)).

¹¹⁹ LESSA NETO, João Luiz. Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra. Londrina: Toth, 2021, p. 271.

¹²⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 211/212.

fundadas no direito autônomo à prova estão sujeitas aos mesmos valores impostos à atividade probatória exercida perante a jurisdição estatal.¹²¹

Ainda que não seja o objeto deste tópico, destaque-se que nenhuma das referidas restrições representa um obstáculo intransponível à utilização do procedimento de *discovery* previsto no 28 U.S.C. § 1782 como mecanismo voltado à obtenção de provas para instrução de processos em trâmite perante o Poder Judiciário brasileiro. Sobre o primeiro ponto, já se demonstrou acima que a ligação entre o direito material e as provas buscadas é requisito à própria concessão do remédio pelas cortes americanas. Acerca do segundo, será visto mais abaixo que o fato de o *discovery* ser regido por ordenamento estrangeiro não implica a ilicitude e a consequente inadmissibilidade presumida das provas por meio dele produzidas, havendo parâmetros específicos, apesar de amplos, para que seja feita essa avaliação. Mais do que isso, também será observado que o direito autônomo à prova é importante fator relacionado à admissibilidade da utilização do *discovery* com o fim ora analisado.

4.2. A posição brasileira na Convenção de Haia sobre Provas

Considerando o objeto do presente trabalho, não se poderia deixar de mencionar a posição adotada pelo governo brasileiro ao ratificar a Convenção de Haia sobre Provas – que, lembre-se, consiste em um instrumento pactuado internacionalmente em 1970 e recepcionado pelo ordenamento brasileiro em 2017, do qual os Estados Unidos são signatários, e por meio do qual se pretendeu tornar mais eficiente a cooperação jurídica internacional relacionada à produção de provas em matéria civil e comercial.

Nos termos do art. 1º do Decreto 9.039/2017, apesar de ter sido promulgada a Convenção de Haia sobre Provas, o Brasil optou por adotar a reserva prevista no seu art. 23, segundo o qual “[o]s Estados Contratantes podem, no momento da assinatura, ratificação ou adesão, declarar que não cumprirão as Cartas Rogatórias que tenham sido emitidas com o propósito de obterem o que é conhecido, nos países de Common Law, pela designação de ‘pre-trial discovery of documents’”.

A despeito de sua relevância, a exposição de motivos do Senado Federal acerca da aprovação da Convenção de Haia sobre Provas não esclarece qual seria a razão de o Brasil ter feito a referida reserva – ainda que não se negue a existência de incompatibilidade entre as regras

¹²¹ YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 220.

relacionadas a procedimentos de *discovery* e o processo civil brasileiro.¹²² Ao contrário, somente é explicada a razão de ser do próprio art. 23 da Convenção, que, “[p]or se basear no espírito de compatibilidade de seus dispositivos com outras normas de origem nacional, (...) permit[e] às Partes negarem-se a aplicar”¹²³ as disposições relacionadas ao tema. Sobre o tema, Julio Cesar Bueno, Charles Ho Jung e Gabriel Guratti consideram que a reserva buscou evitar que o Judiciário precisasse cumprir “*pedidos sobremaneira abrangentes e exploratórios*”.¹²⁴

Merece nota, ainda, a forma adotada pelo Judiciário americano de lidar com a recusa dos demais países de dar cumprimento a ordens de produção de provas seguindo o regramento americano relativo à fase *pre-trial*. Nesses casos, o *discovery* será igualmente concedido, mas a operacionalização da produção de provas que estejam fora dos Estados Unidos será feita diretamente pelo juízo americano, sem a adoção de mecanismos de cooperação. A decisão, assim, “*seria tratada como uma ordem pessoal, uma obrigação de fazer, a ser cumprida pela parte*”.¹²⁵

Seguindo esse posicionamento, no julgamento do caso *Precedebte Societe Nationale Industrielle Aerospatiale v. United States*, conforme descrito por João Luiz Lessa Neto, “*a Suprema Corte entendeu que seria possível que o juiz americano determinasse diretamente a exibição de documentos localizados no estrangeiro, sem a necessidade de requisitar a cooperação jurídica do país onde se localizam fisicamente os documentos*”.¹²⁶

Ainda que haja relevante diferença entre a referida ressalva feita pelo Decreto 9.039/2017 – a realização de *discovery* pelo próprio Judiciário brasileiro – e o que se propõe neste trabalho – a produção de provas pelo Judiciário americano com base no 28 U.S.C. § 1782 –, tal fato denota uma resistência do direito pátrio com relação ao instituto, indicando que a jurisprudência nacional possivelmente não aceitaria a utilização do mecanismo ora analisado com tanta facilidade.

¹²² Afinal, a legislação processual brasileira prevê uma infinidade de restrições aos modos de produção de provas pelo poder Judiciário. Um bom exemplo seria a possibilidade, concedida pelo art. 399, III, de uma parte se recusar a exibir determinado documento exclusivamente por ser conteúdo não ser comum às partes. Ainda que tal dispositivo seja digno de contundentes críticas, não se pode negar que ele impõe, sozinho, restrições que praticamente impossibilitariam a realização de um *discovery* no Brasil.

¹²³ Decreto Legislativo nº 137/2013.

¹²⁴ BUENO, Julio Cesar. JUNG, Charles Ho Young. GURATTI, Gabriel. Convenção da Haia sobre a obtenção de provas no estrangeiro em matéria civil ou comercial e posição do Brasil quanto ao *pre-trial discovery* dos países de *common law*. São Paulo: Migalhas, 2019.

¹²⁵ LESSA NETO, João Luiz. Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra. Londrina: Toth, 2021, p. 295.

¹²⁶ LESSA NETO, João Luiz. Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra. Londrina: Toth, 2021, p. 295.

4.3. Elementos obtidos por meio estrangeiro de produção de provas

O ordenamento jurídico brasileiro é significativamente precário com relação ao tema, havendo um único dispositivo relacionado à determinação da lei aplicável à produção de provas no exterior, o art. 13 da LINDB, segundo o qual “**“[a] prova dos fatos ocorridos em país estrangeiro rege-se pela lei que nele vigorar, quanto ao ônus e aos meios de produzir-se, não admitindo os tribunais brasileiros provas que a lei brasileira desconheça”**”. A redação do referido dispositivo, contudo, gera três problemas relacionados à sua interpretação, uma vez que, além de aparentar impor restrição ilógica à sua aplicabilidade, sequer deixa claro o regramento relacionado ao âmbito efetivamente atingido pela sua literalidade.

4.3.1. Lei aplicável à produção de prova (*lex fori* e *lex loci*)

O primeiro problema desse dispositivo, na realidade, não está no seu texto propriamente, mas, com o devido acatamento, na dificuldade de parte da doutrina de interpretá-lo de forma condizente com a sua redação no que se refere à incidência da *lex fori* (lei do foro) vs. *lex loci* (lei do local).

Afinal, a partir do texto do referido dispositivo, parece lógico que, em uma situação na qual será produzida uma prova nos Estados Unidos para instruir um processo em trâmite no Brasil, salvo decisão em sentido contrário, o seu “*meio de produ[ção]*” – i. e., o discovery previsto no 28 U.S.C. § 1782 – será regido pelo ordenamento americano, restando ao juízo brasileiro tão somente a avaliação da sua receptividade, em nome inclusive da segurança jurídica. Essa é a posição adotada pelo Prof. André de Carvalho Ramos, que leciona o seguinte:

“O art. 13, em análise, trata da prova dos fatos ocorridos no estrangeiro, que venha a ser lá produzida; ou seja, não afeta a produção probatória de fato ocorrido no estrangeiro que venha a ser realizada no Brasil. Assim, caso uma testemunha de fato ocorrido no estrangeiro se encontre no Brasil e seja ouvida aqui em processo judicial, aplicam-se as regras sobre a prova testemunhal da lei processual brasileira (*lex fori regit processum*). (...)

Assim, o art. 13 expressamente determina que os meios de prova e o ônus da prova devem ser regulados pela lei do lugar onde ocorreu o fato ou foi realizado o ato que se quer provar. A finalidade do presente artigo é dar segurança jurídica aos que necessitam provar fatos transnacionais. Evita-se a situação kafkiana de determinada pessoa realizar um ato no estrangeiro, confiando na lei local sobre como

provar esse ato (meios de prova), e depois ser surpreendida com novas exigências fruto da *lex fori*.¹²⁷

A Prof. Maristela Basso também é enfática no mesmo sentido, insistindo na relevância da compreensão da distinção entre “*produção e admissibilidade da prova*”, que, segundo ela, “*é fundamental para a correta aplicação do art. 13 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*”, uma vez que a interpretação adequada do referido dispositivo é a de que “[a] *produção de prova de atos e fatos ocorridos no estrangeiro somente pode ser determinada pela lei do local em que eles tenham ocorrido e, portanto, segundo a regra locus regit actum*”.¹²⁸ Nessa linha, Araken de Assis também destaca que “[à] *lei brasileira (lex fori), consoante a parte final do art. 13 do Dec.-lei 4.657/1942, reserva-se a disciplina da admissibilidade do meio probatório admitido na lex loci, rejeitando meios não admitidos no direito pátrio*”.¹²⁹

A despeito da clareza do dispositivo e da existência de abalizada doutrina adotando tal interpretação para o art. 13 da LINDB – que se entende ser a correta –, não são isolados os posicionamentos em sentido contrário. Beat Walter Rechsteiner, por exemplo, considera que “[u]ma norma probatória, pertencente ao direito processual, sempre é aplicável em conformidade com a regra geral da *lex fori*”, que incidiria “quando esta estabelece: a) quais são os meios probatórios admitidos pela lei; b) qual é a sua força probante; c) de que forma as provas devem ser produzidas”.¹³⁰

Parece evidente que esse entendimento desconsidera o quanto previsto de forma expressa no art. 13, da LINDB, segundo o qual o direito estrangeiro deverá ser aplicado “aos meios de produzir” as provas, contradizendo a máxima de que “[a]s expressões do Direito interpretam-se de modo que não resultem frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis”.¹³¹

A Prof.^a Maria Helena Diniz, por sua vez, adota posição intermediária, separando os conceitos de “*meios de prova*” e “*modo de produção*”, mas que parece igualmente não solucionar a questão. De acordo com a Prof.^a, “[o]s meios probatórios (*ad decidendam litis*) regular-se-ão pela norma vigente no Estado onde se passou o fato, mas o modo de produção dessas provadas

¹²⁷ RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB*. Atualizada de acordo com o novo Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 259.

¹²⁸ BASSO, Maristela. *Curso de Direito Internacional Privado*, 2ª Ed., São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 259.

¹²⁹ ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*. Vol. 1 [livro eletrônico]: parte geral - fundamentos e distribuição de conflitos. 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

¹³⁰ RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. 16ª ed. rev. e atu. São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 353/355.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 204.

indicadas pela lex loci na jurisdição brasileira (ad ordinandam litis), por pertencer à ordem processual, reger-se-á pelo nosso direito (lex fori), uma vez que o caso está sendo aqui julgado”.

Tal interpretação parece criar uma solução que é o pior dos mundos, obrigando um juízo estrangeiro a ficar alternando entre ordenamentos aplicáveis ao longo do processo de produção de provas, o que é pouco desejável considerando a análise realizada neste estudo, que pretende demonstrar, ainda que com ressalvas, que mecanismos como o *discovery* podem atrelar maior agilidade a disputas transnacionais cada vez mais comuns no dia a dia do judiciário brasileiro.

E nem se diga, como há quem defenda,¹³² que a interpretação ora defendida contrariaria o princípio da territorialidade consubstanciado no art. 13, do CPC – ao menos com relação à questão posta no presente trabalho. É lógica a conclusão de que, ao dispor que “[a] jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras”, o aludido dispositivo se refere à jurisdição civil brasileira, que não é o caso quando um tribunal estrangeiro está conduzindo a produção de determinada prova.

Afinal, o fato de os dois países se disponibilizarem a cooperar mutuamente não faz com que o Judiciário de um esteja, ao prestar assistência, exercendo a jurisdição civil do outro em território estrangeiro. Ainda que se discorde dessa conclusão em relação a pedidos de produção de provas feitos diretamente pelo Judiciário nacional mediante a expedição de carta rogatória, o mesmo não pode ser dito com relação ao procedimento de *discovery* requerido, com base no § 1782, 28, U.S.C., por parte interessada perante o Judiciário americano, situação na qual é evidente que não está sendo exercida a jurisdição civil brasileira, por ser tratar do exercício de um direito previsto na própria legislação daquele país, e não no ordenamento brasileiro.

Traçando um paralelo, seria como obrigar um juiz brasileiro a realizar um *discovery* sobre um fato que ocorreu em território nacional, o que provavelmente não seria obedecido, tendo em vista que, conforme já exposto, o Brasil optou por expressamente não aderir ao dispositivo da Convenção de Haia sobre Provas relacionado a procedimentos dessa natureza, por sua suposta incompatibilidade com a disciplina probatória nacional.

A própria Convenção de Haia sobre Provas, recepcionada pelo ordenamento brasileiro por meio do Decreto 9.039/2017, adota normativa em linha com o quanto previsto no art. 13 da LINDB. Conforme explicado na exposição de motivos da aprovação da ratificação da Convenção, “[a] lei aplicável à execução da carta rogatória é, como regra, a do Estado requerido (...), salvo

¹³² AMARAL, Paulo Osternack; WLADECK, Felipe Sripes. "Comentário ao artigo 13". In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (coords.). *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - Anotada*. Vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 592 – 593.

se a autoridade requerente solicitar o contrário, na medida em que seja compatível com a ordem jurídica local”.¹³³

Na mesma linha, como destacado pela Prof. Maristela Basso,¹³⁴ o art. 399 do Código Bustamante – uma das primeiras convenções internacionais de direito privado sobre o tema, assinado em Havana e recepcionado pela legislação brasileira por força do Decreto nº 18.871/29 – dispõe expressamente que “[p]ara decidir os meios de prova que se podem utilizar em cada caso, é competente a lei do lugar em que se realizar o acto ou facto que se trate de provas”.

Com relação ao *discovery*, essa interpretação está em linha com o já abordado direito autônomo à prova. A partir dessa noção, tem-se que, a despeito de as provas serem relacionadas a direito material a ser aqui analisado, o requerimento da sua produção formulado perante o Judiciário americano com base no 28 U.S.C § 1782 é absolutamente independente da prestação jurisdicional a ser realizada no Brasil, sendo ilógico, portanto, que esse procedimento se sujeite às regras brasileiras. Retome-se, aliás, que a jurisprudência da Suprema Corte foi sedimentada no caso *Intel* no sentido de que eventual ponderação relacionada à admissibilidade, pelo juízo estrangeiro, das provas a serem produzidas é irrelevante à concessão do *discovery*, que está sujeita tão somente aos parâmetros e às normas processuais impostas pela lei americana, salvo pedido ou determinação em sentido contrário.¹³⁵

A necessidade de a admissibilidade das provas produzidas em *discovery* processado nos Estados Unidos ser analisada exclusivamente com base no preenchimento das normas processuais americanas já foi inclusive analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, em decisão monocrática proferida pelo Min. Marco Aurélio Belizze:

“O acórdão impugnado definiu a questão nos seguintes termos (fls. 453/461): (...)

‘9 - **No que diz respeito à admissibilidade da prova obtida por meio de Discovery, esclareço desde já que a análise da admissibilidade, mencionada no item 55 da decisão de fls. 1161-1176, diz respeito tão somente à verificação de se foram cumpridos os requisitos processuais do Direito norte-americano. Com efeito, considerando-se que, no que tange à forma de realização de atos processuais, vigora o princípio *Iocus regit actum*, o rito estabelecido no local da colheita deve ser obedecido e é justamente essa pertinência que será verificada com a juntada da prova dos autos - pois tal questão não poderia ser analisada antecipadamente. Em suma, reitere-se, a prova obtida por Discovery será aceita nos presentes autos, para que produza todos os seus**

¹³³ Decreto Legislativo nº 137/2013.

¹³⁴ BASSO, Maristela. *Curso de Direito Internacional Privado*, 2ª Ed., São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 259.

¹³⁵ *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.*, 542 U.S. 241 (2004)

regulares efeitos, desde que os mecanismos utilizados para a sua produção tenham sido estabelecidos pela lei norte americana. (...)’

Da análise das decisões do Juízo, verifica-se fundamentação adequada e pertinente, consubstanciada na ausência de acordo de assistência judiciária em matéria penal entre Brasil e Estados Unidos da América no tocante à produção de prova requerida pela defesa considerado o sistema jurídico adotado por aquele país (*Common law*), **manifestando ainda pela possibilidade de colheita da prova por meio do procedimento intitulado *discovery***, concedendo ainda prazo para a substituição das testemunhas. (...) **Acréscese-se que o Magistrado a quo anotou que aceitará a prova obtida por meio do sistema *discovery*, desde que cumpridos os requisitos processuais do direito norte-americano.** (...) ¹³⁶

O segundo problema do art. 13 da LINDB, por sua vez, está na aparente restrição por ele imposta à sua aplicabilidade exclusivamente aos casos em que as provas que se pretende obter no exterior se referirem a fatos ocorridos no mesmo país no qual elas serão produzidas. Uma interpretação literal desse trecho da norma implicaria uma exclusão indevida de sua aplicação em diversas situações nas quais seria desejável, nas quais não se teria norma alguma estabelecendo a lei aplicável.

A título de exemplo, imagine-se que é objeto central de uma disputa perante o Poder Judiciário brasileiro fato ocorrido na rede mundial de computadores (*internet*). E que esse fato, cuja localidade não se pode precisar, deva ser objeto de prova a ser obtida por meio procedimento de *discovery*, com auxílio do Judiciário americano – hipótese que nada tem de absurda nos dias de hoje. Nesse cenário, caso se adotasse uma interpretação restritiva do dispositivo em comento, não haveria solução em qualquer outra norma do direito brasileiro para se precisar qual seria o ordenamento a ser adotado para produção da prova.

Deve-se, aqui, seguir a lição de Maximiliano no sentido de que “[o] Direito não é só o conteúdo imediato das disposições expressas; mas também o conteúdo virtual de normas não expressas, porém ínsitas no sistema”, cabendo a adoção de interpretação analógica do art. 13 da LINDB a fim de “*suprir as lacunas dos textos [legais]*”.¹³⁷ Isso porque a redação do referido dispositivo aparenta restringir a sua aplicação aos casos em que se a prova buscada será utilizada para provar um fato ocorrido na mesma localidade em que ela será produzida – possivelmente em razão do tempo de sua edição, em que situações que fugiam dessa hipótese eram praticamente inimagináveis –, deixando uma evidente lacuna, a ser suprida por meio de sua interpretação analógica.

¹³⁶ STJ, Decisão Monocrática, Recurso em HC nº 41.888-SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellize, j. 03.02.2014.

¹³⁷ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 174.

Conclui-se, assim, por força do art. 13 da LINDB, que a produção de provas em países no exterior, relacionadas a fatos neles ocorridos ou não, deverá ser regida pelo ordenamento do país no qual serão obtidas (*lex loci*), restando ao juízo brasileiro tão somente a análise de sua admissibilidade com base nas normas do direito pátrio (*lex fori*), o que deverá ser realizado, como se verá abaixo, a partir dos parâmetros estabelecidos no próprio dispositivo e nas normas brasileiras de direito processual.

Esse entendimento, aliás, já foi adotado inclusive em precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Em um deles, ponderou-se que “[n]a espécie, a solicitação do Ministério Público do Estado de São Paulo foi dirigida à autoridade dos Estados Unidos da América do Norte. Nada importa, para esse efeito, o que a legislação brasileira dispõe a respeito. As investigações solicitadas serão realizadas, ou não, nos termos da legislação daquele País”.¹³⁸⁻¹³⁹

4.3.2. Admissibilidade dos elementos obtidos por meios de produção prova desconhecidos na legislação brasileira

Considerando, portanto, que a prova obtida fora do território nacional deverá ser regida pela lei do local em que ela for produzida, volta-se à análise da sua receptividade no direito brasileiro. Nesse ponto, o art. 5º, LVI, da Constituição Federal é claro ao dispor que “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”. Essa limitação também está prevista no já mencionado art. 399, do Código Bustamante, segundo o qual apenas não serão recepcionados os **meios de produção de provas “não autorizados pela lei do lugar em que corra a acção (sic)”**.

Sendo assim, a receptividade das provas obtidas em fora do território nacional – respeitadas as normas lá aplicáveis, conforme detalhado no item acima – dependerá da **verificação da licitude, aos olhos da legislação brasileira, do meio pelo qual ela foi produzida**.

A licitude, por sua vez, é disciplinada parte final do art. 13 da LINDB, segundo a qual “*não [serão] admitindo[as] [pel]os tribunais brasileiros provas que a lei brasileira desconheça*” – redação essa que é a causa do terceiro problema relacionado à interpretação do dispositivo, por

¹³⁸ STJ, AgRg na Suspensão de Segurança n. 2.382/SP, Rel. Min. Presidente Ari Pargendler, decisão de 26-10-2010, DJe 28-10-2010

¹³⁹ No mesmo sentido: “Desse modo, não há falar em qualquer violação à legislação pátria, pois nada impede, portanto, o MPF de obter informações bancárias em outro país mediante auxílio direto, sem interposição de autoridade judicial brasileira, já que o acesso às informações observará o procedimento da legislação do local, **estando o direito à privacidade e intimidade do indivíduo resguardado pela legislação do país requerido e a validade da prova colhida sujeita à confrontação com o marco normativo internacional das garantias processuais**.” (STJ, 5a T., AgRg no AgRg nos EDcl no AREsp 1.243.890 - RS, Rel. Min. Felix Fitcher, j. 11.09.2018.)

estar descompassada com o quanto disposto no ordenamento processual brasileiro atual, que adota regras diametralmente opostas à lei de introdução.

Sobre o tema, a Prof.^a Maristela Basso destaca que a parte final do aludido dispositivo “*é especialmente problemática*”, uma vez que sua interpretação literal “*vedaria admissão pelo juiz nacional, de provas meramente ‘desconhecidas’ pela legislação brasileira*”,¹⁴⁰ ao passo que ordenamento nacional exige apenas que “*não se[jam] reconhecidos os meios de prova ‘não autorizados’ pelo Direito*”,¹⁴¹ e não todos aqueles que forem simplesmente “*desconhecidos*”.

O Prof. André de Carvalho Ramos igualmente critica o termo adotado pelo art. 13 da LINDB, destacando, com base no art. 369, do CPC,¹⁴² que o processo civil brasileiro admite a utilização de todos os meios de prova expressamente previstos no ordenamento (provas típicas); mas também todos aqueles moralmente legítimos, ainda que não positivados no código (provas atípicas). Diante disso, “*eventual meio de prova da lei estrangeira, mesmo que desconhecido expressamente no Brasil, pode ser aqui aceito caso seja ‘moralmente legítimo’ na dicção do art. 369 do CPC, uma vez que será considerado prova atípica lícita*”.¹⁴³

A possibilidade de utilização de provas atípicas decorre, inclusive, do direito autônomo à produção de provas, analisado mais acima. Sobre o tema, Paulo Osternack Amaral destaca que “*[o] reconhecimento de um direito fundamental à prova, dos amplos poderes probatórios do juiz e da regra do art. 369 do CPC (...) permitem concluir que o direito processual civil brasileiro adotou expressamente o critério da liberdade probatória. Isso significa que tanto as partes quanto o juiz possuem ampla liberdade para produzir as provas que entendam pertinente*”.¹⁴⁴

No mesmo sentido, o Prof. Flávio Luiz Yarshell pondera que “*não se pode presumir ilegítima ou viciada a investigação que o ente privado busque realizar só pela circunstância de provir de alguém que não seja autoridade*”¹⁴⁵ – situação na qual, logicamente, não seria realizada com base nas normas processuais brasileiras, tal como no caso do instituto ora analisado.

Tem-se, portanto, que é plenamente possível a utilização da prova obtida no exterior por meio *moralmente legítimo*, conceito esclarecido pela Prof.^a Maristela Basso ao consignar que “*é*

¹⁴⁰ BASSO, Maristela. *Curso de Direito Internacional Privado*, 2ª Ed., São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 259.

¹⁴¹ BASSO, Maristela. *Curso de Direito Internacional Privado*, 2ª Ed., São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 259.

¹⁴² Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

¹⁴³ RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB*. Atualizada de acordo com o novo Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 259.

¹⁴⁴ AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: Atipicidade, Liberdade e Instrumentalidade*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. P. 58-220.

¹⁴⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

*a ordem pública que justifica a exceção [à admissibilidade de provas obtidas por meio estrangeiro], de forma a afastar a ‘eficácia probante’ de fatos e atos que sejam contrários ao direito brasileiro e que colidam, especificamente, com a higidez do ordenamento processual doméstico”.*¹⁴⁶ Seguindo a mesma linha, o Prof. André de Carvalho Ramos considera que “a prova estrangeira desconhecida será inadmitida desde que seja ‘moralmente ilegítima’, o que, em outros termos, implica reconhecer a ofensa a ordem pública brasileira”.¹⁴⁷

Pelo exposto, conclui-se que os meios utilizados para a produção de provas fora do território nacional **serão regidos pelas normas a eles aplicáveis no local em que for realizada a produção**, sendo vedada a recepção dos elementos por meio deles obtidos em uma demanda em trâmite perante o Judiciário brasileiro exclusivamente quando for demonstrada a sua contrariedade à *ordem pública nacional*.

4.3.3. Conceito de ordem pública

Como mencionado, a admissibilidade de elementos obtidos por meios de produção de prova regidos por leis estrangeiras está sujeita, nos termos do art. 13, da LINDB, à verificação da ausência de violação à *ordem pública*. Esse dispositivo tornou a referida análise pelos magistrados brasileiros uma tarefa de alta complexidade, ante a notória dificuldade que se tem de avaliar a extensão da ideia de *ordem pública*.

Tal complicação se deve ao fato de o fenômeno da ordem pública ser analisado, em cada ramo do direito, de forma significativamente distinta, tendo, em cada um deles, características e efeitos práticos particulares, fazendo com que a disciplina a ele relativa tome um enfoque diferente dependendo da área jurídica e do doutrinador que a aborde.¹⁴⁸ Nesse sentido, Carmen Tibúrcio bem ressalta que “a expressão *ordem pública* designa um conceito do tipo aberto, que não se encontra formulado em qualquer diploma legal”.¹⁴⁹

De todo modo, tendo em vista a sua limitação, o estudo proposta partirá de uma divisão da ideia de ordem pública aplicável no âmbito do direito processual – que, como se pode deduzir, tem impacto mais direto na análise do instituto do *discovery* – e no âmbito do direito material – cuja

¹⁴⁶ BASSO, Maristela. *Curso de Direito Internacional Privado*, 2ª Ed., São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 259.

¹⁴⁷ RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB. Atualizada de acordo com o novo Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 259.

¹⁴⁸ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2011, p. 5.

¹⁴⁹ TIBÚRCIO, Carmem. A ordem pública na homologação de sentenças estrangeiras. In: Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 210-211.

relevância está majoritariamente relacionada à extensão da produção probatória a partir do § 1782, 28, U.S.C –, descrevendo brevemente o conceito em cada um deles.

Com relação ao direito processual, a obscuridade do tema se mostra gritante ao longo da prática contenciosa no Brasil, âmbito no qual o conceito de ordem pública é frequentemente utilizado sem parâmetro algum e ao bel prazer do orador, servindo ao propósito que lhe for conveniente em cada situação. Nesse sentido, ainda que seja tratada como uma característica inerente à uma infinidade de normas de direito processual, Ricardo Aprigliano ressalva que, “[a] despeito de seu caráter de direito público (...), nem todas as normas processuais assumem um caráter de ordem pública”.¹⁵⁰

O Código de Processo Civil não tem um único artigo definindo expressamente quais matérias são de ordem pública, havendo apenas poucos dispositivos que repelem a admissibilidade de decisões nas quais ela seja violada, como ocorre no art. 39 – que rejeita o cumprimento de carta rogatória – e no art. 963, VI – que impossibilita a homologação de decisão estrangeira. Ricardo Aprigliano também pondera que essa omissão, ao contrário do que parece ser amplamente acreditado, não é suprida pela ideia de que as matérias de ordem pública seriam aquelas previstas como sendo cognoscíveis de ofício, o que é uma inverdade.¹⁵¹

A verificação da compatibilidade do instituto ora analisado com a ordem pública brasileira, portanto, depende de uma definição mais clara acerca desse fenômeno no âmbito processual, uma vez que, apesar de darem um panorama geral sobre o tema, são pouco esclarecedoras, quando vistas de forma isolada, afirmações no sentido de que são ordem pública as questões que “*transcendem a esfera de interesses das partes conflitantes, disciplinando relações que os envolvam mas fazendo-o com atenção ao interesse da sociedade como um todo, ou ao interesse público*”.¹⁵²⁻¹⁵³

Nesse sentido, Ricardo Aprigliano ressalta que a ordem pública no plano processual tem a característica específica de estar vinculada “*aos objetivos e à razão de ser da atividade jurisdicional do Estado*”, podendo ser definida como “*o conjunto de regras técnicas que o sistema*

¹⁵⁰ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2011, p. 10.

¹⁵¹ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2011, p. 6.

¹⁵² DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, vol. 1. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 69.

¹⁵³ “As normas de ordem pública, como é curial, são aquelas que respeitam a toda a sociedade, mais do que a cidadãos individualmente considerados, aquelas que se inspiram no bem comum, mais do que nos interesses de alguns.” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. Ainda sobre a nulidade da sentença imotivada. Revista de Processo, São Paulo, v. 56, p. 223-233, out./dez. 1989, p. 226).

concebe para o controle tempestivo da regularidade do processo".¹⁵⁴ Por essa particularidade, a ordem pública no âmbito do direito processual, ao contrário do que ocorre nas demais áreas do direito, pode ser restrita a três conceitos, detendo tal característica as normas relacionadas: **(i)** às condições da ação; **(ii)** aos pressupostos processuais; e **(iii)** às nulidades absolutas.¹⁵⁵

Com relação aos dois primeiros conceitos, as normas a eles relativas são de fácil definição, por serem menos numerosas e terem sido, há muito, sedimentados no direito brasileiro, a despeito de terem pouca relevância à análise proposta. Com efeito, sabe-se que são **condições da ação** o *interesse de agir* e a *legitimidade processual*.¹⁵⁶ Os **pressupostos processuais**, por sua vez, consistem em *competência do juízo*, *capacidade das partes*, *petição inicial apta*, *ajuizamento da ação*, *representação*, *citação válida* e *ausência de perempção*, *litispendência* e *coisa julgada*.¹⁵⁷

Ao contrário dos outros dois conceitos, as **nulidades absolutas** são caracterizadas por não terem um rol definido, variando significativamente de autor para autor e até mesmo de tribunal para tribunal. Não obstante a imprecisão do conceito, a doutrina mais recente considera que *"a configuração da nulidade absoluta transcende os limites da previsão legal"*, sendo verificada *"sempre que ocorrer (...) violação ao devido processo legal, vício que impeça a realização do fim a que o ato se proponha ou prejuízo substancial a uma das partes"*.¹⁵⁸

Igualmente difícil é a caracterização e identificação das normas de ordem pública de **direito material**, tarefa essa descrita por Maria Helena Diniz como sendo *"um desafio à argúcia e à sagacidade dos juristas, que, apesar disso, são unânimes no entendimento de que é reflexo da ordem jurídica vigente em dado momento, em determinada sociedade"*.¹⁵⁹

Ricardo Aprigliano ressalta, seguindo essa linha, que são exemplos de normas de direito material de ordem pública aquelas que se referem às bases econômicas e sociais da sociedade, ao exercício do direito de propriedade e à proteção dos direitos da personalidade,¹⁶⁰ diante da sua alta relevância na ordem jurídica nacional e nos interesses públicos.

¹⁵⁴ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 105/106.

¹⁵⁵ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2011, p. 105.

¹⁵⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. vol. I, 56 ed. ver. atual e ampl. [livro eletrônico], Rio de Janeiro: Forense, 2015.

¹⁵⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Comentários ao Código de Processo Civil [livro eletrônico]: artigos 485 ao 538. 1 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

¹⁵⁸ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Teoria Geral do Processo. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 214.

¹⁵⁹ Maria Helena. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro Interpretada. 17ª Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 408.

¹⁶⁰ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2011, p. 27.

As normas de direito material de ordem pública, portanto, tem como característica comum o fato de todas elas implicarem a projeção de seus efeitos na estrutura da sociedade como um todo, de forma que todas elas têm, nas palavras do Prof. Cândido Dinamarco, “*por consequência as repercussões erga omnes ou ao menos ultra partes daquilo que vier a ser julgado - como sucede nas causas relacionadas com o meio-ambiente, valores culturais ou históricos, consumidores*”.¹⁶¹

Com base nesse entendimento e reconhecendo a impossibilidade de descrição taxativa de todas as normas de direito material que são de ordem pública, Ricardo Aprigliá ressalta quais são os principais elementos que são amplamente reconhecidos como sendo comuns a todas elas:

“Os elementos necessários e presentes em todos os exemplos trazidos pela doutrina ou pela jurisprudência são, portanto, (i) **os valores que informam a norma, de interesse da coletividade, que se revelam particularmente sensíveis**, de repercussão acima e além do mero interesse das partes desta mesma relação, seja por razões de ordem social, ética, econômica ou cultural, e (ii) **o fato de cuidarem de relações jurídicas indisponíveis, ressalvada a expressão meramente econômica de tais direitos**, que são sempre disponíveis, elementos que, somados, compõem o espectro do ‘interesse público’ que vem sendo referido em diversas passagens deste estudo.”¹⁶²

Diante dessas considerações, podem se concluir que normas de ordem pública - e que, como exposto acima, podem influir no exame da admissibilidade de provas produzidas a partir do instituto ora analisado –, sejam elas de direito processual, ou então de direito material, têm como características comuns o potencial impacto à sociedade como um todo, sendo tidas como aquelas relacionadas aos valores mais centrais à estrutura do estado democrático de direito.

É justamente essa característica que justifica o quanto disposto nos dispositivos legais abordados nos itens anteriores (art. 13, da LINDB, art. 369, do CPC, art. 5º, LVI, da CF, e art. 399, do Código Bustamante), que buscam, ao considerarem ilícitas as provas obtidas por meio contrário à ordem pública, proteger os interesses coletivos mais essenciais à sociedade brasileira.

4.4. Possíveis violações à ordem pública pela utilização do *discovery*

Até aqui, as principais conclusões do presente capítulo são que: (i) o *discovery* previsto no 28 U.S.C. § 1782 possibilita o exercício do direito autônomo à prova nos casos em que ela precise

¹⁶¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 2. ed., v. 3, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 52/53.

¹⁶² APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2011, p. 27.

ser produzida nos Estados Unidos; **(ii)** a forma de obtenção de provas fora do país deverá ser regida pela legislação do local em que elas forem produzidas; **(iii)** a legislação brasileira permite a utilização dessas provas, desde que não tenham sido obtidas por meio ilícito; **(iv)** tal ilicitude é caracterizada quando o meio de produção da prova for contrário à ordem pública; **(v)** uma norma de ordem pública pode ser de direito material e de direito processual e é caracterizada, em termos gerais, por visar a proteção dos valores centrais à sociedade brasileira e ao estado democrático de direito.

Resumindo, demonstrou-se que as provas obtidas por meio do instituto analisado por este trabalho podem ser admitidas pelo Judiciário brasileiro desde que não a sua produção não implique violação à ordem pública. Ocorre que, como visto, esse conceito é de difícil delimitação, sendo, no geral, passível de debate quais são as normas que nele se encaixam – afirmação essa que é verdadeira tanto no direito material quanto no direito processual. Dessa forma, não seria viável, neste trabalho, analisar todas as situações possíveis em que poderia ser questionada a admissibilidade de provas obtidas por meio desse mecanismo em processos em trâmite no Judiciário brasileiro.

Optou-se, assim, por abordar apenas a interação dessas provas com duas normas de ordem pública previstas no ordenamento brasileiro, uma de direito material (inviolabilidade de comunicações) e outra de direito processual (respeito ao contraditório na produção da prova), para tentar ilustrar algumas das dificuldades que poderiam ser enfrentadas no Judiciário nacional.

Como se verá, apesar da restrição da análise à interação do instituto com apenas duas normas de ordem pública, as escolhidas têm especial relevância na admissibilidade das provas produzidas em sede de *discovery* por tocarem em algumas das principais ressalvas que se pode ter com a utilização do referido instituto, relacionadas a duas de suas características mais notórias – a amplitude dos elementos que podem ser obtidos e a dificuldade de garantia ao contraditório durante a sua produção.

4.4.1. Inviolabilidade de comunicações

Conforme detalhado mais acima, uma das características mais marcantes do instituto do *discovery* é a amplitude das provas que podem ser produzidas por meio dele. Isso porque as Federal Rules of Civil Procedure dispõe que **“[a]s partes podem obter discovery sobre qualquer questão não privilegiada que seja relevante para o pedido”**.¹⁶³

¹⁶³ Tradução livre do original: “Parties may obtain discovery regarding any nonprivileged matter that is relevant to any party's claim or defense and proportional to the needs of the case”.

Ou seja, o referido mecanismo não restringe a natureza da prova a ser produzida, podendo, desde que sejam relevantes ao direito do requerente, ser exigidas até mesmo de correspondências, incluindo e-mails e mensagens eletrônicas – que, atualmente, são extremamente comuns, dada a massificação da utilização da internet como meio de comunicação. Apenas para que se tenha noção da verdadeira amplitude dos documentos exibidos, seria possível, por exemplo, que fossem exibidas caixas de e-mails inteiras, sendo fornecidos milhares de e-mails, demandando até mesmo a contratação de empresas especializadas na sua categorização.

No direito brasileiro (notadamente no âmbito do processo civil), por outro lado, são excepcionais as situações nas quais é possível obter comunicações eletrônicas por ordem judicial. Isso porque, como se sabe, o art. 5º, XII, da Constituição Federal, dispõe que *“é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação penal ou instrução processual penal”*.

Evidentemente, por dispor acerca de um direito fundamental, a referida norma é de ordem pública, de modo que poderia ser levantado o argumento de que comunicações obtidas por meio de *discovery* seriam, nos termos dos dispositivos abordados nos subcapítulos anteriores, provas ilícitas e, portanto, inadmissíveis no direito brasileiro. Não por acaso, são frequentes os precedentes nos quais pedidos de fornecimento de comunicações eletrônicas são rejeitados sob a alegação de sua inviolabilidade ser uma garantia constitucional,¹⁶⁴ sendo comumente exigida a demonstração de fortes indícios de prática de fraude para que seja autorizada a sua produção.¹⁶⁵

Essa conclusão, no entanto, decorre de uma incorreta interpretação do quanto previsto no art. 5º, XII, da CF, uma vez que a inviolabilidade imposta pelo referido dispositivo protege exclusivamente a transmissão de comunicações, vedando apenas a sua interceptação no período entre o envio e o recebimento de uma correspondência, mas nada dispondo acerca do sigilo do seu conteúdo. Sendo assim, uma vez recebida e armazenada, nada impede a exibição de comunicações

¹⁶⁴ “Apelação cível. Exibitória. Pretensão do autor em conhecer conteúdo de mensagens de texto enviadas por sua esposa a partir de terminal telefônico móvel cuja titularidade lhe está afeta. Garantia constitucional de inviolabilidade das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas artigo 5º, inciso XII. Sentença de improcedência mantida. Recurso improvido.” (TJSP; Apelação 1030857-73.2014.8.26.0114; Rel. Des. Tercio Pires; 12ª Câmara Extraordinária de Direito Privado; j. 20/03/2015).

¹⁶⁵ “No entanto, respeitado o entendimento do MM. Juízo de origem, a r. decisão agravada deve ser reformada quanto à determinação de exibição dos documentos (...) assim descritos: “(...) correios eletrônicos trocados entre os promovidos e demais terceiros envolvidos na regulação do sinistro” (...) Isso porque, se por um lado, não está evidenciada, por ora, a imprescindível verossimilhança quanto às alegações de que houve “determinações de adulteração por parte dos resseguradores” (...), por outro lado, há o risco de que se promova devassa indevida nas correspondências eletrônicas internas dos réus, sem qualquer utilidade prática, o que é inadmissível.” (TJSP, 9ª Câmara de Direito Privado, AI nº 2117804-67.2014.8.26.0000, rel. Des. Alexandre Lazzarini, j. 16.09.2014.)

privadas, estando o seu deferimento sujeito exclusivamente ao cumprimento das normas processuais aplicáveis. Sobre o tema, merece destaque a precisa lição de Paulo Osternack Amaral:

“O segredo epistolar incide sobre qualquer espécie de correspondência escrita, seja trocada por meio impresso, manuscrito ou com o emprego de modernos meios tecnológicos (internet). A transmissão de mensagem escrita (por e-mail ou impressa) deve ser compreendida de forma bastante precisa. **A proteção constitucional incide sobre um intervalo de tempo específico, compreendido entre a postagem da mensagem e a recepção em seu destino. Nesse intervalo é absolutamente vedado que o conteúdo da correspondência seja interceptado. O descumprimento dessa vedação implica a ilicitude da prova e a caracterização de crime de violação de correspondência. Todavia, a correspondência já recebida e arquivada não está mais protegida pela garantia constitucional. Nada impede, portanto, que tal documento seja apreendido judicialmente.**

A partir de tais premissas, entende-se que é vedada a interceptação de mensagem transmitida por correio eletrônico (e-mail). Incide aqui a garantia da inviolabilidade do sigilo correspondência. Contudo, **da mesma forma que a carta postada por meio impresso, o e-mail mantido em arquivo (eletrônico ou físico) perde o benefício da inviolabilidade e passa a se submeter a eventual requisição ou apreensão.** (...)

Na mesma linha, entende-se que a palavra comunicações refere-se a telegráficas e a dados. Portanto, **a vedação constitucional incide apenas sobre a comunicação de dados, e não sobre dados constantes de arquivos estanques (eletrônicos ou não).**”¹⁶⁶

Esse entendimento não é de forma alguma isolado, tendo sido sedimentado por meio de precedente do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal julgado mais de 20 anos atrás, e tem sido adotado pela jurisprudência mais recente com relativa frequência em sede de produção antecipada de provas.¹⁶⁷ Veja-se a conclusão adotada pelo STF no precedente mencionado:

“Passa-se, aqui, que **o inciso XII não está tornando inviolável o dado da correspondência, da comunicação, do telegrama. Ele está proibindo a interceptação da comunicação dos dados, não dos resultados.** Essa é a razão pela qual a única interceptação que se permite é a telefônica, pois é a única a não deixar vestígios, ao passo que nas comunicações por

¹⁶⁶ AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: Atipicidade, Liberdade e Instrumentalidade*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. pp. 58-220.

¹⁶⁷ No mesmo sentido: “Responsabilidade civil. Ação cautelar de produção antecipada de provas. (...) 3. Obrigação de fornecimento de dados, quanto ao mais, fundamentada na lei do Marco Civil da Internet. **Inviolabilidade do sigilo prevista no inciso XII do art. 5º da CF que não se aplica aos dados em si, mas sim à comunicação dos dados. Condenação mantida.**” (TJSP, Apelação nº 1009976-13.2014.8.26.0361, Rel. Des. Donegá Morandini, 3ª Câmara de Direito Privado, j. 08.04.2020); No mesmo sentido: (i) TJSP, Apelação nº 1027053-11.2015.8.26.0002, Rel. Des. Alexandre Lazzarini, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 11.11.2020; e (ii) TJSP, AI nº 2090821-21.2020.8.26.0000, Rel. Des. Tercio Pires, 34ª Câmara de Direito Privado, j. 26.11.2020.

correspondência telegráfica e de dados é proibida a interceptação porque os dados remanescem; eles não são rigorosamente sigilosos, dependem da interpretação infraconstitucional para poderem ser abertos. **O que é vedado de forma absoluta é a interceptação da comunicação da correspondência, do telegrama.** Por que a Constituição permitiu a interceptação da comunicação telefônica? Para manter os dados, já que é a única em que, esgotando-se a comunicação, desaparecem os dados. Nas demais, não se permite porque os dados remanescem, ficam no computador, nas correspondências, etc."¹⁶⁸

Com efeito, apenas haveria a violação da ordem pública na hipótese aventada caso a obtenção das comunicações em sede de *discovery* fosse realizada mediante sua interceptação entre o momento do seu envio e o do seu recebimento, hipótese na qual seria caracterizada como prova ilícita nos termos do art. 13, da LINDB, do art. 5º, XII, da CF, do art. 369, do CPC, e do art. 399, do Código Bustamante, implicando a sua inadmissibilidade. No entanto, como já explicado, não é isso que é feito em sede de *discovery*, procedimento no qual são as próprias partes que enviam umas as outras, por meio de seus advogados, as provas a serem produzidas.

Assim, em regra, não há óbice à admissibilidade, no processo civil brasileiro, de comunicações obtidas nos Estados Unidos por meio do mecanismo previsto no 28 U.S.C., § 1782, havendo inclusive demanda que tramitou perante a 68ª Vara do Trabalho de São Paulo na qual foi deferida a apresentação de e-mails produzidos por meio de procedimento de *discovery*.¹⁶⁹

O STJ também já pôde se pronunciar acerca de tema, de certa forma, relacionado, em recurso no qual se questionava a possibilidade de o Ministério Público Federal obter informações bancárias em jurisdição estrangeira mediante pedido de auxílio direto. Naquele caso, o STJ foi até mesmo além do que se defende neste trabalho, mantendo acórdão no qual se considerou que o direito à privacidade relacionado aos dados bancários – cuja inviolabilidade é considerada como estando englobada no art. 5º, X, da CF – deveria ser resguardado pela legislação do país no qual as provas foram obtidas, não implicando qualquer violação ao ordenamento brasileiro. Confira-se o seguinte excerto do aresto mantido:

“Desse modo, não há falar em qualquer violação à legislação pátria, pois nada impede, portanto, o MPF de obter informações bancárias em outro país mediante auxílio direto, sem interposição de autoridade judicial brasileira, já que o acesso às informações observará o procedimento da legislação do local, **estando o direito à privacidade e intimidade do indivíduo resguardado pela legislação do país requerido e a validade**

¹⁶⁸ STF, Tribunal Pleno, RE nº 219.780/PE, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 10/9/99, p. 23;

¹⁶⁹ Processo nº 03013-2005-068-02-007, 68ª Vara do Trabalho de São Paulo – SP.

da prova colhida sujeita à confrontação com o marco normativo internacional das garantias processuais.¹⁷⁰

Pelo exposto, a obtenção de comunicações privadas nos Estados Unidos por meio de procedimento de *discovery* não implica violação à norma de ordem pública prevista no art. 5º, XII, da CF, não havendo óbice à sua admissibilidade à luz das regras do processo civil brasileiro.

4.4.2. Participação na constituição da prova e respeito ao contraditório

As características do *discovery* previsto no 28 U.S.C., § 1782 também tem potencial para gerar razoável questionamento acerca da admissibilidade das provas por meio dele produzidas sob a alegação de violação ao contraditório, direito fundamental previsto no art. 5º, da CF, segundo o qual “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”.

Afinal, conforme detalhado acima, a formulação de pedido de *discovery* contra pessoa ou entidade que faz ou fará parte do processo no qual a prova buscada será utilizada pode, inclusive, servir de pretexto para a sua rejeição, ante a desnecessidade, nesse caso, de provocação do Judiciário americano para tanto. Ou seja, o referido mecanismo, via de regra, será proposto contra terceiro, sendo plenamente possível que as demais partes do processo estrangeiro sequer fiquem sabendo, ou, ao menos, não participem, do seu trâmite. Essa característica do instituto estudado faria com que as provas por meio dele produzidas sejam juntadas no processo em trâmite no Judiciário brasileiro já constituídas.

A relevância dessa constatação decorre do fato de a garantia constitucional ao contraditório ser assegurada em todas as fases do processo civil, no que, naturalmente, se inclui a possibilidade de participação das partes na produção das provas que influirão no julgamento de sua pretensão. No caso das provas obtidas por *discovery*, contudo, isso dificilmente conseguiria ser assegurado no momento de sua produção, seja pelo desconhecimento ou não participação das demais partes acerca do procedimento; ou então pelo fato de a produção de provas ser majoritariamente conduzida pelas próprias partes – sem, portanto, supervisão do julgador para assegurar a observância do contraditório.

Apesar de o conceito de prova emprestada não ser aplicável aos elementos obtidos por meio do 28 U.S.C. § 1782,¹⁷¹ é possível traçar um paralelo entre os institutos no que se refere ao

¹⁷⁰ STJ, AgRg no AgRg nos EDcl no AREsp 1.243.890 - RS, Rel. Min. Felix Fitcher, Quinta Turma, j. 11.09.2018.

¹⁷¹ Conforme abordado acima, o instituto da prova emprestada não é aplicável ao caso em análise por se referir àqueles elementos produzidos em um processo para serem nele utilizados e que, em um momento posterior, acabam sendo

respeito ao contraditório já que, em ambos, se pretende utilizar uma prova previamente constituída cuja produção não foi acompanhada pelas demais partes. Sobre o tema, há quem defenda que a parte contra a qual a prova emprestada será utilizada deve ter o contraditório garantido nas duas demandas: na de origem, e na de destino.¹⁷²

No entanto, lembre-se – evitando repetir o quanto já detalhado nos capítulos anteriores – que o referido posicionamento, se não já superado, é, hoje, minoritário, tendo a jurisprudência do STJ sido sedimentada no sentido de que “*o contraditório é o requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada, de maneira que, assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, afigura-se válido o empréstimo*”.¹⁷³ Além disso, a já mencionada Súmula 591 do STJ pacificou ser “*possível a utilização de provas emprestadas de inquérito policial e processo criminal*”, que, por terem natureza inquisitorial, não estão vinculados à necessidade de garantia ao contraditório.

Aplicando esse entendimento ao tema ora abordado, o contraditório relacionado às provas obtidas por meio de *discovery* poderia ser garantido mediante a abertura de prazo para as demais partes se manifestarem a respeito quando da sua juntada (o que já é previsto pelo art. 437, § 1º, do CPC) no processo brasileiro em se pretende utilizá-las, assegurando, assim, a sua admissibilidade.

Não somente, a ausência de violação à ordem pública pela utilização de provas obtidas em *discovery*, ainda que não seja observado o contraditório na sua produção, decorre da própria ideia, exposta mais acima, de que a adoção desse mecanismo é também uma forma de exercício do direito autônomo à prova, no qual está englobada à prerrogativa da parte de realizar suas próprias investigações por meio dos meios a ela disponíveis. Com efeito, do ponto de vista do processo em trâmite perante o judiciário brasileiro, os elementos obtidos pelo referido mecanismo consistem em verdadeiras provas pré-constituídas, não sendo, portanto, indispensável que tenham sido produzidos sob o crivo do contraditório, como já lecionava o Prof. Barbosa Moreira:

“Acho que a formação da prova pode, em certos casos, ser legítima mesmo escapando a essa rígida observância do princípio do contraditório. Aliás,

aproveitados em demanda distinta. O *discovery*, por outro lado, consiste em mero mecanismo voltado à produção de provas a serem utilizadas em outras demandas, não comportando pronunciamento de mérito acerca das alegações de cada uma das partes.

¹⁷² “Uma parte não pode ser atingida negativamente por uma prova emprestada sem que tenha oportunidade de participar de sua “constituição”, especificamente se se tratar de oitiva de testemunhas, depoimentos, prova pericial e inspeção judicial, cuja forma de produção em contraditório está prevista no CPC e representa um direito das partes. Ignorar este direito à prova é violar gravemente o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa e, no plano infraconstitucional, todas as normas relacionadas ao meio de prova que estará sendo erroneamente substituído” (FERREIRA, William Santos. In: Breves comentários do código de processo civil [livro eletrônico]. Teresa Arruda Alvim Walbier, Fredie Didier Júnior, Eduardo Talamini, Bruno Dantas (coords.). 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.)

¹⁷³ STJ, EREsp 617.428/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 04.06.2014.

o Prof. Taruffo me confortou, porque também evoluiu. (...) Pois bem: a certa altura, diz Taruffo: a marca de uma freiada no asfalto não foi feita sob contraditório e, no entanto, não pode deixar de apresentar valor como prova, em muitos casos. **Todos sabemos que, realmente, não é possível exigir que a prova pré-constituída tenha sido sempre formada sob a égide do contraditório.**”

Peculiaridade interessante é a das provas orais obtidas em sede de *discovery*, considerando que o contraditório relacionado à sua produção é reconhecidamente limitado, uma vez que as partes no processo estrangeiro receberão apenas transcrições dos depoimentos das testemunhas ouvidas, não podendo influir ativamente no conteúdo das respostas. A esse respeito, o Prof. Barbosa Moreira já destacava que, em sendo apresentada declaração escrita de testemunha nos autos, a providência ideal seria que fosse determinada a sua oitiva com a presença das partes e do magistrado.¹⁷⁴ Ainda assim, caso não seja possível fazê-lo, não haverá óbice automático à admissibilidade do depoimento escrito, cabendo ao magistrado, após a manifestação das partes, atribuir a ele a força probante que entender adequada.¹⁷⁵

O §1782, 28 U.S.C., aliás, admite expressamente a possibilidade, mediante requerimento do interessado ou ordem contida na carta rogatória, de adoção de regras distintas daquelas previstas na legislação americana para fins de produção das provas requeridas, bem como que o seja nomeado responsável por tomar os depoimentos das testemunhas requeridas.¹⁷⁶ Além disso, considerando que a produção das provas em sede de *discovery* é conduzida majoritariamente longe

¹⁷⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Provas Atípicas. In: Revista de Processo, vol. 76, p. 114, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

¹⁷⁵ “Uma dessas máximas de experiência ensina que a prova colhida sob contraditório, geralmente, é mais veraz. Se uma pessoa depõe na presença das partes e dos advogados respectivos, sob o crivo do contraditório, geralmente - não estou dando a isso alcance absoluto - as informações que ela possa transmitir-nos, exatamente porque submetidas a esse crivo, são mais fidedignas.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Provas Atípicas. In: Revista de Processo, vol. 76, p. 114, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.)

¹⁷⁶ “§ 1782 (...) A ordem pode ser feita mediante carta rogatória emitida, ou pedido feito por um tribunal estrangeiro ou internacional ou a pedido de qualquer pessoa interessada e pode ordenar que o depoimento ou declaração seja dado, ou o documento ou outra coisa seja produzido, perante uma pessoa designada pelo tribunal. Em virtude de sua nomeação, a pessoa nomeada tem poderes para administrar qualquer juramento necessário e tomar o depoimento ou declaração. A ordem pode prescrever a prática e o procedimento, que podem ser, no todo ou em parte, a prática e o procedimento do país estrangeiro ou do tribunal internacional, para tomar o depoimento ou declaração ou produzir o documento ou outra coisa.”. Tradução livre do original: “§ 1782 (...) The order may be made pursuant to a letter rogatory issued, or request made, by a foreign or international tribunal or upon the application of any interested person and may direct that the testimony or statement be given, or the document or other thing be produced, before a person appointed by the court. By virtue of his appointment, the person appointed has power to administer any necessary oath and take the testimony or statement. The order may prescribe the practice and procedure, which may be in whole or part the practice and procedure of the foreign country or the international tribunal, for taking the testimony or statement or producing the document or other thing. To the extent that the order does not prescribe otherwise, the testimony or statement shall be taken, and the document or other thing produced, in accordance with the Federal Rules of Civil Procedure.”

dos olhos do juízo, também se permite que as próprias partes pactuem a adoção de regras procedimentais específicas.

Diante disso, a fim de atrelar maior força probante e de evitar futuros questionamentos acerca da admissibilidade da prova obtida em *discovery*, poderiam ser adotadas as normas do Código de Processo Civil acerca do procedimento para colheita de prova testemunhal, bem como que se pleiteasse a participação das demais partes do processo estrangeiro na sua produção.

Entretanto, a verdade é que o *discovery*, na forma defendida neste trabalho, é predominantemente voltado a permitir pedidos feitos pelas próprias partes em atenção ao seu direito autônomo à prova, de forma que seria improvável, salvo se houvesse uma preocupação muito relevante com a admissibilidade dos elementos obtidos – que, como se viu, não conseguiria ser tão facilmente questionada –, que fosse requerida a adoção de um procedimento é sabidamente mais restritivo.

De qualquer forma, as considerações acima postas demonstram que, a despeito da dificuldade de se garantir a observância do contraditório durante a produção das provas obtidas por meio do procedimento de *discovery* previsto no 28 U.S.C., §1782, não há violação automática à ordem pública que as impeça de serem utilizadas em demandas perante o Judiciário nacional: seja pelo fato de constituírem provas pré-constituídas em atenção ao direito autônomo à prova, cuja produção não necessariamente precisa ser feita com a observância do contraditório; ou seja pela possibilidade de tal lacuna ser adequadamente suprida quando da juntada dos documentos no processo brasileiro.

4.5. Breve paralelo com os mecanismos previstos no CPC

Por fim, tendo sido demonstrado que não há óbice, no ordenamento nacional, à admissibilidade das provas obtidas nos Estados Unidos pelo mecanismo de *discovery* previsto no 28 U.S.C. § 1782, desde que o meio pelo qual foram produzidas não implique violação à ordem pública nacional, resta apenas realizar um breve paralelo entre o referido instituto e aqueles abordados no segundo capítulo, resgatando as características de cada um deles já expostas no presente trabalho.

Retome-se que, apesar dos frequentes casos transnacionais em trâmite perante o Poder Judiciário brasileiro, o direito processual nacional não prevê expressamente um meio confiável e eficaz de produção de provas para os casos em que há a necessidade de produzi-las em outros países. Afinal, conforme já detalhado, cada um dos três mecanismos previstos com essa finalidade no Código de Processo Civil (a carta rogatória, a cooperação internacional e a prova

emprestada) tem especificidades que fazem com que eles não se prestem ao cumprimento da função que, como aqui defendido, poderia ser exercida de forma mais eficaz, com relação às provas produzidas nos Estados Unidos. O *discovery* previsto no 28 U.S.C. § 1782, possibilitaria tanto o exercício do direito autônomo à prova, como a adequada prestação jurisdicional, possibilitando às partes obterem, para si e para o convencimento do juízo, todas as provas que entenderem ser relevantes à demonstração dos fatos controvertidos.

Com relação à carta rogatória e à cooperação internacional – que, conforme explicado, consistem basicamente no mesmo mecanismo –, demonstrou-se que a suas maiores limitações decorrem do fato de a expedição e a devolução de cartas rogatórias voltadas para a produção de provas dependerem de uma série de fatores completamente alheios às partes, relacionados à burocracia inerente ao seu processamento tanto no Brasil como no exterior. Esse fato, em conjunto com as regras do CPC relacionadas à limitação da suspensão de demandas até a devolução de cartas rogatórias expedidas com esse fim, permite que uma eventual demora nesse processo possa acarretar a inutilidade de tal providência e impedir que as partes utilizem todas as provas potencialmente relevantes para sustentar suas alegações.

A produção de provas por meio do *discovery* previsto no 28 U.S.C. § 1782, por sua vez, soluciona a maior parte dos problemas relacionados aos referidos mecanismos. Primeiro, porque o processamento do pedido de *discovery* não está vinculado ao andamento da demanda estrangeira na qual as provas por meio dele buscadas serão utilizadas, podendo ser requerido durante qualquer fase processual. Na realidade, a apresentação de pedido de *discovery*, a despeito de depender da demonstração de que as provas a serem produzidas serão utilizadas em procedimento estrangeiro, não demanda que ele já tenha sido ajuizado, devendo apenas “*estar dentro de uma contemplação razoável*”¹⁷⁷.

Diante disso, havendo preocupação com relação à possível demora na produção de uma prova nos Estados Unidos relacionada a terceiros e do impacto que isso poderia ter na adequada análise do direito material controvertido, as partes podem se adiantar e apresentar o requerimento de *discovery* muito antes do momento no qual seria determinada a expedição de carta rogatória com esse fim, o que somente ocorreria após o despacho saneador – salvo se houver risco de perecimento da prova, situação na qual essa providência pode ser obtida por meio de tutela de urgência (art. 300 e ss., do CPC), ou por produção antecipada de prova (art. 381, I, do CPC).

Do mesmo modo, o risco da demora na produção da prova é significativamente mitigado no *discovery* por ser ele um procedimento ser muito mais dependente dos esforços das partes do

¹⁷⁷ Tradução livre do original: “must be within reasonable contemplation” (*Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.*, 542 U.S. 241 (2004))

que da demora dos órgãos jurisdicionais. Isso começa com a própria apresentação do requerimento de *discovery*, que na maior parte das vezes é feito pela própria parte interessada, dispensando quase todas as providências burocráticas que atrasam o cumprimento e a devolução das cartas rogatória. No mesmo sentido, são os próprios advogados das partes que agendam as datas nas quais serão colhidos os depoimentos de testemunhas arroladas e que trocam, entre si, os documentos a serem exibidos. O *discovery*, portanto, tem caráter altamente colaborativo, relegando-se ao juízo mero papel de supervisão.

Por fim, o *discovery* previsto no 28 U.S.C. § 1782 confere às partes uma importante ferramenta para o exercício de seu direito autônomo à prova – dentro, claro, do seu restrito âmbito de aplicação –, característica que não é tão presente na carta rogatória e na cooperação internacional. Isso se deve principalmente à amplitude da produção probatória por meio dele realizada, que não está restrita a vários dos limites previstos no ordenamento brasileiro, possibilitando que as partes obtenham provas que vão além daquelas meramente necessárias ao livre convencimento do juízo e, com isso, tenham melhor conhecimento dos fatos relacionados ao seu direito material, o que facilita a sua defesa e estimula a adoção de soluções consensuais.

Não se nega que a carta rogatória e a cooperação internacional também possam permitir o exercício do direito autônomo à prova nos casos em que a utilização do *discovery* seria possível, mas parece evidente que isso é limitado pelas características que as tornam pouco efetivas. Como mencionado mais acima, a demora inerente àqueles instrumentos faz com que o Judiciário brasileiro tenha um rigor muito maior em relação ao valor probatório dos elementos que seriam por meio deles obtidos, sendo frequentemente indeferidas provas tidas como não essenciais simplesmente pelo longo período que seria necessário para produzi-las.¹⁷⁸

A ineficiência da prova emprestada para o fim ora abordado, por sua vez, decorre de sua própria natureza, por se tratar “[d]aquela que tendo sido produzida em determinado processo (...), ingressa em outro, para o qual não foi originalmente produzida”.¹⁷⁹ Sendo assim, a prova emprestada somente é utilizada quando uma parte tem a sorte de se deparar com um processo estrangeiro no qual foi produzido um elemento fático relacionado à sua pretensão. Isso faz com que sejam extremamente raras as situações em que é possível a utilização da prova emprestada, bem como que ela não seja uma ferramenta para o exercício do direito autônomo à prova, por sua

¹⁷⁸ “Pedido de oitiva de testemunhas, por meio de carta rogatória, formulado pela ré. Indeferimento. Hipótese que não caracterizou cerceamento de defesa. Prova pretendida que não se mostrava apta a influenciar no julgamento do feito.” (TJ-SP - APL 0006064-20.2009.8.26.0581, Relator: Ruy Coppola, Data de Julgamento: 04/04/2013, 32ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 08/04/2013)

¹⁷⁹ FERREIRA, William Santos. In: Breves comentários do código de processo civil [livro eletrônico]. Teresa Arruda Alvim Walbier, Fredie Didier Júnior, Eduardo Talamini, Bruno Dantas (coords.). 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

obtenção ser praticamente alheia à vontade das partes e por ela estar subordinada ao exato contorno que lhe foi dado na sua demanda de origem.

As características do *discovery*, com relação a esse ponto, são opostas às da prova emprestada, sendo permitido por meio dele, mediante pedido da parte interessada, vasta produção probatória, a ser inclusive conduzida pela própria requerente, que, por isso, poderá dar a ela – dentro dos limites estabelecidos pelas *Federal Rules of Civil Procedure* – a amplitude que entender adequada.

Não obstante a existência de elementos que o favorecem em comparação aos mecanismos de produção de provas no exterior já admitidos pela legislação brasileira, o *discovery* requerido com base no 28 U.S.C. § 1782 sabidamente também tem consideráveis limitações, bem como características que dificultam significativamente a sua utilização para o fim proposto no presente trabalho.

A primeira e mais evidente delas consiste justamente no fato de ele apenas poder ser requerido perante o Judiciário americano.¹⁸⁰ Para além da clara limitação que isso gera, deixando todos os demais países do mundo de fora, a utilização do 28 U.S.C. § 1782 demanda gastos relevantes, por depender da contratação de advogados diretamente nos Estados Unidos. A carta rogatória, a cooperação internacional e a prova emprestada, por outro lado, além de permitirem a obtenção de provas produzidas em praticamente todo o mundo, ante a sua ampla aceitação, demandam gastos muito menores que a apresentação de um pedido de *discovery*, já que, ainda que haja taxas judiciárias a serem recolhidas, o seu processamento se dá pelos órgãos judiciários e pode ser, em regra, acompanhado pelos patronos que representam as partes no processo de origem.

Justamente por estarem positivadas expressamente no Código de Processo Civil, as normas processuais que regem a carta rogatória, a cooperação internacional e a prova emprestada têm sua aplicabilidade amplamente reconhecida, com exceção de poucos aspectos a elas relacionados. O *discovery* como forma de obtenção de documentos no exterior, por sua vez, não só é um meio atípico de produção de prova, tendo sido pouco analisado pela doutrina e pela jurisprudência, como certamente enfrentaria diversos obstáculos para ser utilizado da forma proposta neste trabalho. Com efeito, não obstante as conclusões aqui alcançadas, a admissibilidade do *discovery* e as normas processuais a ele aplicáveis são plenamente questionáveis.

Conclui-se, portanto, que o *discovery* previsto no 28 U.S.C. § 1782 como forma de produção de provas nos Estados Unidos para instruir processos em trâmite no Brasil tem

¹⁸⁰ Ainda que haja, em alguns países que adotam o sistema de *common law*, como o Reino Unido, há institutos similares ao *discovery* e mecanismos voltados à produção de provas para instruírem processos estrangeiros, o 28 U.S.C. § 1782 é um dos mais consolidados e amplamente utilizados.

significativas vantagens sobre os mecanismos previstos expressamente na legislação brasileira. No entanto, não se defende que se trata de um remédio ideal, seja por seu limitado âmbito de incidência, ou então pela falta de certeza, decorrente de suas principais características, acerca das normas a ele aplicáveis e da admissibilidade das provas por meio dele produzidas.

5. CONCLUSÃO

Conforme explorado ao longo do presente trabalho, o processo civil brasileiro, na evolução de suas codificações, ainda não conseguiu uma solução satisfatória para a colheita de provas que necessitam ser produzidas em solo estrangeiro.

Mesmo o Código de 2015, que buscou incorporar novas conquistas de celeridade e efetividade do processo, inclusive decorrentes do avanço das comunicações e do mundo digital, não foi muito além dos instrumentos da carta rogatória, previsto desde o CPC/39, da prova emprestada, há muito admitida pela doutrina e pela jurisprudência, e da cooperação internacional, incluída no CPC/15, mas que se assemelha muito com a carta rogatória.

Esses instrumentos, contudo, já demonstraram suas deficiências como meios de produção de prova no exterior, uma vez que suas características os tornam excessivamente limitados e morosos e, portanto, impossibilitam que sejam utilizados de forma confiável e eficaz para atender as necessidades do processo civil moderno.

Por outro lado, o mecanismo do *discovery* previsto no 28 U.S.C. § 1782 pode ser importante instrumento para a obtenção de provas que precisam ser produzidas nos Estados Unidos, com grande vantagem sobre os meios previstos expressamente no CPC, pela significativa redução da burocracia do aparato judicial, além da flexibilidade quanto ao momento de sua ocorrência, a amplitude da produção probatória por meio dele realizada e a sua condução de forma colaborativa pela parte.

Porém, alguns obstáculos fazem que sua utilização seja esparsa no nosso processo civil, a começar pelo seu custo elevado e a pouca familiaridade dos advogados e litigantes brasileiros com esse instrumento, aliados à falta de admissibilidade expressa em nossa legislação. Também é de se mencionar como elemento limitador a grande diferença entre ritos processuais brasileiros e os aplicáveis ao *discovery* e até mesmo a dúvida quanto à legislação regente à sua realização, o que muitas vezes coloca em xeque a sua validade probante no Brasil.

De todo modo, conclui-se, com base no art. 13, da LINDB, no art. 369, do CPC, no art. 5º, LVI, da CF, e no art. 399, do Código Bustamante, que as provas produzidas por meio do processo de *discovery* previsto no 28 U.S.C. § 1782 são provas atípicas lícitas, sendo, portanto, admissível a sua utilização em processos em trâmite perante o Poder Judiciário brasileiro, desde que observadas as normas processuais americanas que regem o referido procedimento e que não tenham sido empregados meios contrários à ordem pública nacional na sua obtenção.

BIBLIOGRAFIA

ALEXANDRE, Isabel. Provas Ilícitas em Processo Civil. Coimbra: Almedina, 1998.

AMARAL, Paulo Osternack. Provas: Atipicidade, Liberdade e Instrumentalidade. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; Ordem Pública e Processo: O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Processual Civil. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

ARRUDA ALVIM, José Manuel de. Manual de Direito Processual Civil [livro eletrônico]: Teoria do processo e processo de conhecimento, 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ASSIS, Araken de. Processo Civil Brasileiro. Vol. 1 [livro eletrônico]: parte geral - Fundamentos e distribuição de conflitos. 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Curso de Processo Civil. Vol. 3. Processo Cautelar. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

BAPTISTA DA SILVA. Ovídio A. Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento. Vol. 1, 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Provas Atípicas. In: Revista de Processo, vol. 76, p. 114, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BASSO, Maristela. Curso de Direito Internacional Privado. 2ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). Comentários ao Código de Processo Civil: Arts. 318 a 538 - Parte Especial. Volume 2. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAMBI, Eduardo. PITTA, Rafael Gomiero. Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira. In: Revista de Processo, vol. 245, jul. 2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CARVALHO, Nathália Gonçalves de Macedo. “Introdução ao Federal Rules of Evidence e os pontos de encontro com o CPC 15”. In: DIDIER JR., Fredie (coord. Geral); JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (coords.). Grandes Temas do NCPC: Direito Probatório. V. 5. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

COSTA, Henrique Araújo. “Petrial e instrução probatória”. In: NETO OLIVEIRA, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES, Ricardo Augusto de Castro (coords.). A Prova do Direito Processual Civil: Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes. São Paulo: Verbatim, 2013.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Ainda sobre a nulidade da sentença imotivada. Revista de Processo, São Paulo, v. 56, p. 223-233, out./dez. 1989.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Comentários ao Código de Processo Civil [livro eletrônico]: artigos 485 ao 538. 1 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, vol. 1. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro Interpretada. 17ª Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

ELUL, Hagit Muriel. MOSQUERA, Rebeca E. Chapter 17: 28 U.S.C. Section 1782: U.S. Discovery in Aid of International Arbitration Proceedings. In: Laurence Shore, Tai-Heng Cheng, et al., International Arbitration in the United States, pp. 393 - 412, Hague: Kluwer Law International, 2017.

FERREIRA, William Santos. In: Breves comentários do código de processo civil [livro eletrônico]. Teresa Arruda Alvim Walbier, Fredie Didier Júnior, Eduardo Talamini, Bruno Dantas (coords.). 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GREENWALD, David M.; SLACHETKA, Michele L. Protecting Confidential Legal Information: A Handbook for Analyzing Issues Under the Attorney-Client Privilege and the Work Product Doctrine. Washington: Jenner&Block Practice Series, 2015.

HAZARD JR, Geoffrey C. TARUFO, Michele. American Civil Procedure: an introduction. New Haven: Yale University Press, 1993.

DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro Interpretada. 17ª Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 408.

MARINONI, Luiz Guilherme. Comentários ao Código de Processo Civil [livro eletrônico]: artigos 369 ao 380. 1 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Comentários ao Código de Processo Civil [livro eletrônico]: artigos 1º ao 69. Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero, Sérgio Cruz Arenhart (coords.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz (coords.). Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 381 ao 484. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 20ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Teoria Geral do Processo. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

MONTEIRO, André Luis. VERÇOSA, Fabiane. In: Breves Comentários ao código de processo civil [livro eletrônico]. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Júnior, Eduardo Talamini e Bruno Dantas (coords), 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado. Salvador: Ed. JusPodvm, 2016.

OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte de. Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral [livro eletrônico]. Fernando da Fonseca Gajardoni (coord.), São Paulo: Forense, 2015.

PEREIRA, Luciano Meneguetti. A cooperação jurídica internacional no novo código de processo civil. In: Revista CEJ, Brasília, Ano XIX, n. 67, p. 18-34, set./dez. 2015.

PITTA, Rafael Gomiero. Discovery e outros instrumentos processuais do common law: a eficiência dos meios probatórios na resolução de conflitos nas fases iniciais do procedimento civil (pre-suit e pretrial). Londrina: Toth, 2021.

RAMOS PEREIRA, Luis Cezar. Carta Rogatória - Instrumento Processual Internacional - Seus efeitos, processamento e características no sistema jurídico brasileiro. In: Revista de Processo, vol. 34/1984, pp. 291-298, Abr - Jun, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB. Atualizada de acordo com o novo Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016.

RANÑA, Leonardo Fernandes. “A Exibição de Documento ou Coisa no Novo CPC e a Jurisprudência do STJ. In: DIDIER JR., Fredie (coord. Geral); JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (coords.). Grandes Temas do NCPC: Direito Probatório. V. 5. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

RECHSTEINER, Beat Walter. Direito Internacional Privado: teoria e prática. 16ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

TALAMINI, Eduardo. “Prova emprestada no processo civil e penal”. Revista de Processo, ano 23, n.º 91, Jul. – Set. 1998.

TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. “A prova eletrônica (documentos eletrônicos) no CPC-2015”. In: DIDIER JR., Fredie (coord. Geral); JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (coords.). Grandes Temas do NCPC: Direito Probatório. V. 5. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

THEODORO JR., Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. vol. I, 56 ed. ver. atual e ampl. [livro eletrônico], Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TIBÚRCIO, Carmem. A ordem pública na homologação de sentenças estrangeiras. In: Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros, 2009.